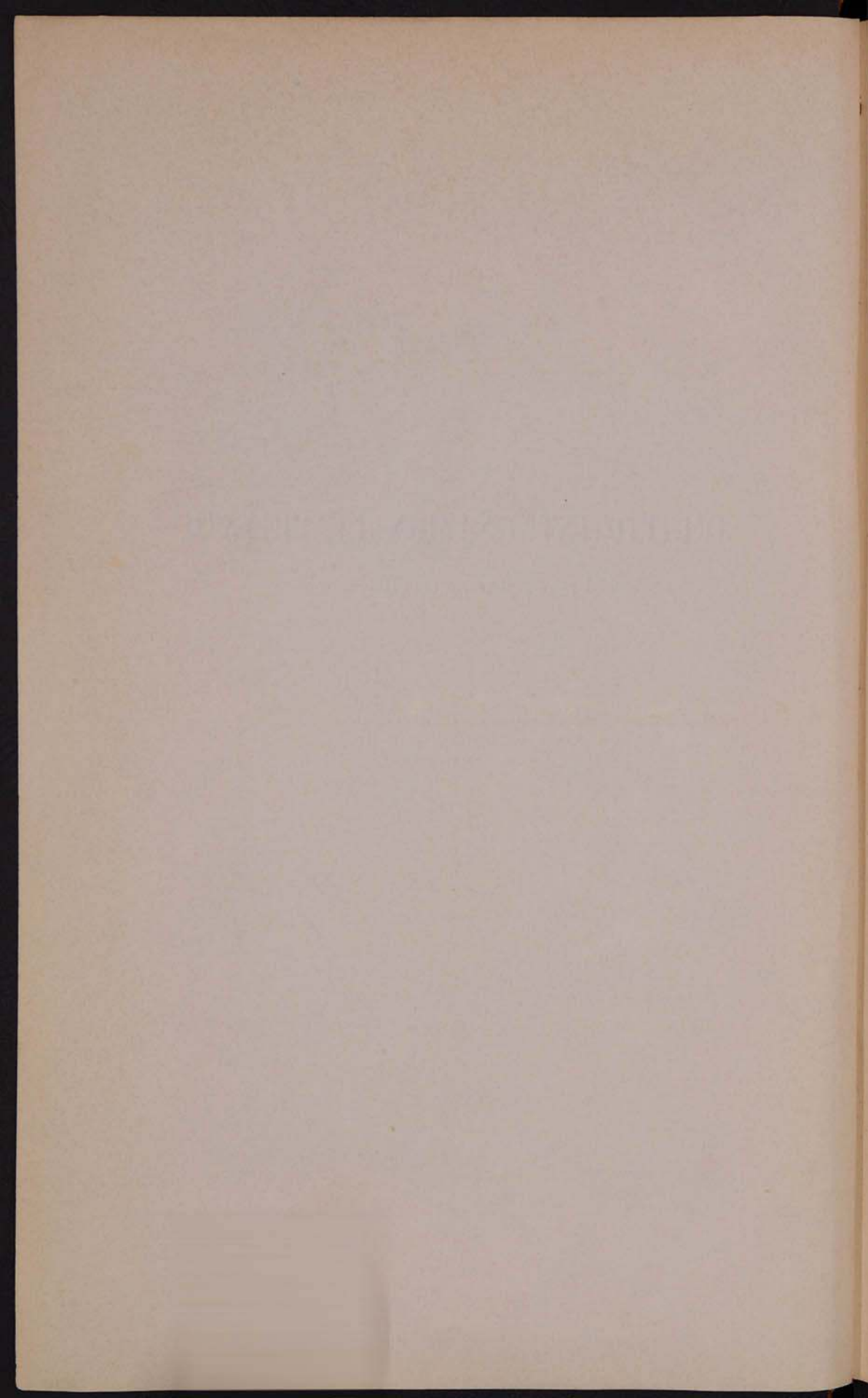
IL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

I.

Storia del Diritto internazionale privato.

E. L. CATELLANI

IL

DIRITTO INTERNAZIONALE

PRIVATO

E I SUOI RECENTI PROGRESSI

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPLIATA

I.

Storia del Diritto internazionale privato.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33, Via Carlo Alberto, 33
1895

ALLA BENEDETTA MEMORIA

DI MIO PADRE

TENUE TRIBUTO DI RICONOSCENZA FIGLIALE

AL LETTORE

La prima edizione di questo lavoro ebbe una fortuna che non avrei osato sperare. Credo però che, nell'accingermi a pubblicare la seconda edizione, avrei errato se mi fossi lasciato tentare a ristampare il libro tal quale, o se mi fossi limitato a poche mutazioni di forma.

Ai tre volumi della prima edizione mi parve anzitutto necessario premetterne uno che trattasse a fondo dello sviluppo storico del diritto internazionale privato fin dalle prime origini sue.

La mancanza di un tale lavoro ed il convincimento che una trattazione storica esauriente contenga in sè non poca parte della scienza, mi sorressero nell'ardua fatica; ed ora, dopo parecchi anni di ricerche, pubblico questa parte del tutto nuova del mio studio.

Ma anche agli altri tre volumi della prima edizione, non poche aggiunte e modificazioni saranno rese necessarie, nella prima parte dall'operosità scientifica di questi ultimi anni, di cui è pur d'uopo tener conto; nella seconda parte dai mutamenti e dai nuovi sviluppi del diritto positivo; nell'una e nell'altra dal risultato dei miei studii ulteriori.

Senza mutare del tutto l'economia generale del lavoro e la distribuzione delle sue parti, ho cercato pertanto di dare in questa seconda edizione, coll'aggiunta del presente volume e colla diligente revisione degli altri tre che seguiranno, una integrazione della prima. Nè ho trascurato i consigli avuti da egregi amici e colleghi, ai quali sono doppiamente grato: e per il buon viso fatto al mio libro, e per la parte che hanno indirettamente avuta nell'emendarlo.

IL

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

ED I SUOI RECENTI PROGRESSI

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

1. Oggetto del presente studio. — 2. Antecedenti storici. — 3. Operosità scientifica individuale. — 4. Operosità scientifica collettiva. — 5. Legislazione e giurisprudenza. — 6. Attività della diplomazia. — 7. Analogie. — 8. Diritto privato internazionale nei paesi non cristiani.

1. — Imprendo ad esporre, ed a raffrontare collo sviluppo del diritto positivo, l'operosità che negli ultimi tempi la scienza e la diplomazia hanno spiegata nello scopo di formulare e far accogliere dagli Stati regole precise per dirimere i conflitti di diritto internazionale privato.

È una pagina interessante della storia contemporanea, non immeritevole certamente dell'attenzione profonda dello storico e del giurista. Se la si studiasse col pensiero rivolto soltanto a quelle alte aspirazioni di fratellanza umana che furono sempre il retaggio di qualche spirito eletto e che formano una delle più alte idealità della epoca nostra, non se ne potrebbero trarre di certo grandi conforti, nè molta fiducia nel progresso delle leggi e del costume; ma chi la studii senza dimenticare il passato, potrà dedurne provvidi insegnamenti e riconoscere con gioia quelle vittorie che, lentamente sì, ma senza posa, vanno spianando al progresso umano i campi del suo faticoso cammino. Così, rendendo omaggio alla scienza per i suoi trionfi e notandone accanto a questi gli insuccessi, potrò forse accennare, almeno in parte, alle cause che impedirono finora l'adozione di regole

universali per risolvere i conflitti internazionali di diritto privato, e formulare quelle speranze di risultati che si possono ragionevolmente nutrire in un prossimo avvenire.

2. — Ciò che mi propongo di trattare forma l'ultima fase di un grande e complicato svolgimento, che risale ad età remote; e la narrazione ne apparirebbe monca ed imperfetta qualora non se ne mostrasse il legame coi suoi antecedenti. Sarà dunque necessario anzitutto riandare a brevi tratti la storia del nostro soggetto fino dai suoi antichissimi tempi, e, giunti al presente secolo, studiarne i progressi, scomponendoli nei loro varii fattori.

3. — Per conseguire tale scopo, comincerò col Savigny, cui spetta il nome di creatore dell'indirizzo ormai prevalente nel diritto privato internazionale. Senza trascurare i migliori rappresentanti intermedii della scienza tedesca, giungerò poi fino al Von Bar, che può dirsi attualmente del Savigny il successore più degno. E, come in Germania, così negli altri Stati dove queste ricerche son venute fiorendo, cercherò di studiare, in relazione specialmente al nostro paese, i progressi principali della scienza contraddistinti dai nomi dei maggiori suoi rappresentanti.

Dopo avere pertanto accennato alle principali scuole che al tempo del Savigny si dividevano il campo, il Mancini ci farà assistere all'aurora di quel principio di nazionalità che, proclamato dal nostro grande giureconsulto dalla cattedra di Torino, quando il proclamarlo in ogni altra parte d'Italia sarebbe stato considerato un delitto, fu fecondo poi di tanto splendido risultamento nel campo del diritto pubblico, senza restare privo d'influenza in quello del diritto privato, e, sancito coll'autorità del legislatore nel titolo preliminare del nostro Codice, diede all'Italia anche in questo secolo, come lo aveva avuto fin dal tempo di Bartolo e di Gentili, il primo posto nello studio e nella pratica del diritto internazionale.

La cattedra del Mancini attrasse una schiera di nobilissimi ingegni all'amore della scienza del diritto nel tempo stesso che li accendeva coll'amore della patria, e ne uscì quella scuola italiana che, combattuta da alcuni ed acclamata e seguita da altri, merita pure incontestabilmente un posto onorevolissimo nel campo del sapere giuridico. Studierò le indagini di tale scuola nelle opere di quei pubblicisti che ne furono o ne sono i maggiori rappresentanti nel campo del diritto privato, e specialmente nei lavori del Fiore che, con istudii tanto vasti e comprensivi, vi portò un largo contributo di novità di pensiero. E

il valore di quella scuola riuscirà tanto maggiormente dimostrato, quando ne scorgeremo più tardi l'influenza, oltre i confini del nostro paese, nelle monografie, nei lavori dei Congressi e nelle stesse discussioni dei Parlamenti.

L'indirizzo e la dottrina ne appariranno portati al massimo sviluppo nelle opere del Laurent, che, dopo aver varcati i settant'anni, ne pubblicava un completo sistema, e che, per l'indole dell'anima e della mente, pel suo profondo sapere di giurista e per la sua fede incrollabile di filantropo, era atto quant'altri mai a far progredire una scienza, la quale non è altro che l'affermazione della giustizia e della morale applicate nelle maggiori proporzioni finora conosciute sulla terra.

Un giureconsulto che onorava la Svizzera sua patria e la scienza, cui volle dedicare lo studio assiduo e la mente perspicua, imprese egli pure, negli ultimi anni della sua vita, a combattere in nome del diritto l'isolamento egoistico delle legislazioni, ma nel tempo stesso egli combatteva in nome della scienza la scuola italiana e sopratutto il Laurent. Sarebbe troppo manchevole un'esposizione dell'operosità scientifica contemporanea, se non tenesse gran conto di Carlo Brocher e dei suoi studii originali, che, ispirandosi a quelli del Savigny, ne differiscono in parte nelle conseguenze, e se, esaminando i risultati del suo metodo minutamente analitico, non cercasse di ridurre alle sue vere e giuste proporzioni il dissidio che divideva questo giurista da quelli che lo avevano preceduto. In questi studii ed in quelli dell'Asser, che, in tanto nobile agone, rappresentava l'Olanda con idee ben diverse da quelle dei suoi statutarii dei secoli scorsi, è pure studiata a fondo la questione del diritto uniforme e dei trattati considerati come mezzi di evitare i conflitti. Ed entrambi quegli scrittori procedono con criterii generalmente esatti alla selezione di quelle parti del diritto civile e della procedura, che son più suscettibili d'un regolamento internazionale, e cui potrebbe rivolgersi più presto e con maggiori speranze l'opera della diplomazia.

Se tali scuole riconoscono la propria origine nella dottrina di quei vecchi giureconsulti, che primi sostennero la personalità delle leggi, un'altra scuola, più ricca di tradizioni legislative e certo non meno ricca di dotti rappresentanti, si collega agli antichi giuristi, che combattevano in favore della territorialità. Ne troveremo i moderni rappresentanti sopratutto nei paesi anglo-americani; ma anche in questi e nella Francia, se nello Story, nel Fœlix e nello Holland, avverti-

remo una tenacia assoluta nel realismo tradizionale delle leggi anglo-sassoni, pur vedremo in altri, come nel Lawrence, nel Westlake e nei più recenti scrittori francesi, manifestarsi l'influenza del principio di diritto personale e la condanna del principio opposto e di quella *comitas*, che, come è il correttivo pratico, così è anche la sanzione logica dell'assoluta territorialità delle leggi.

4. — Ogniqualvolta un gran numero di studiosi s'affaticò coll'ingegno in una stessa parte del sapere, sorse sempre in loro il desiderio di conoscersi, di corrispondere l'uno coll'altro e di affratellare intorno a qualche più arduo e complesso problema le proprie ricerche. Un movimento di questa natura contraddistinse nel secolo XV il rinascimento delle lettere, nel XVII quello delle scienze fisiche, nel XVIII quello delle politiche, e così sorsero le Accademie letterarie italiane, l'Accademia del Cimento e quella dei Lincei, così quell'unione di pensatori che precorsero la Rivoluzione francese, affermando nell'*Enciclopedia* i diritti dell'uomo. Anche nella scienza del diritto internazionale devesi tenere gran conto, oltrechè dell'opera individuale cui sono venuto accennando, altresì di quella collettiva che, guidata da intenti scientifici e pratici ad un tempo, ha l'alta missione di completare i lavori dello studioso e di preparare la materia a quelli del diplomatico e del legislatore.

Quest'operosità collettiva, iniziata dall'Associazione per il progresso delle scienze sociali, che la interruppe nel 1865, risorse con maggior vigore nell'Istituto di diritto internazionale fondato a Gand nel 1873 e nell'Associazione per la riforma e la codificazione del diritto delle genti, costituita nello stesso anno a Bruxelles; continuò nei varii Congressi giuridici e sopratutto in quelli della Svizzera e della Germania ed in quello italiano del 1880, e, organizzata un'opportuna propaganda in molte effemeridi, trovò una manifestazione concreta nei progetti di codificazione del Parodo, del Petruschevecz, del Bluntschli, del Dudley Field e del Fiore, che formano, starei per dire, l'anello di congiunzione fra l'opera della scienza e quella della legislazione.

5. — E qui, prima di giudicare i voti degli studiosi, e di esporre apprezzamenti e formulare giudizi; sopratutto prima di esprimere speranze, par necessario esaminare, in relazione colle norme di diritto internazionale privato, lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza, per potere, mercè la cognizione di ciò che è, limitare il giudizio su ciò che dovrebbe essere e su ciò che sarà possibile nell'av-

venire. Tale indagine di diritto comparato sarà senza dubbio la più laboriosa, e più voluminosa delle altre riuscirà la parte del lavoro che vi si riferisce. Nè potrebbe essere diversamente. Un libro che, dopo l'esposizione delle varie dottrine, volesse dare di quelle un giudizio e trattare ad un tempo dell'opera diplomatica e del suo avvenire, senza tener conto dello stato attuale del diritto positivo, riuscirebbe senza dubbio non solo incompleto nel suo svolgimento, ma manchevole nei suoi criterii di giudizio e in gran parte arbitrario nelle sue affermazioni. Ma quando del diritto comparato si voglia tener conto, tanta è la copia di fatti e di norme da raccogliere e da coordinare, che, nonchè poter essere brevi, nessuno può illudersi di evitare, anche rinunciando alla brevità, inesattezze e lacune.

6. — Giunti al termine di tale ricerca sarà dato di determinare se possa esistere un uniforme sistema universale di diritto internazionale privato; se la sua esistenza possa estendersi al mondo intero soltanto per alcuni gruppi di istituti, o riferirsi a tutto il campo del diritto privato nei rapporti di certi gruppi di Stati; ed in ogni modo quali siano veramente nell'epoca nostra, quali possano essere presumibilmente in un prossimo avvenire, nella cerchia più o meno vasta ad esso assegnata, i principii fondamentali destinati ad ispirarlo, il grado del suo sviluppo e la misura della sua efficacia.

7. — A far più concreta la parte critica del mio lavoro, mantenendola lontana così dalla sfiducia come dall'utopìa, terrò conto, a mano a mano che se ne presenterà l'occasione, degli accordi internazionali già avvenuti in qualche campo più ristretto, cioè in quei gruppi di Stati che, o sono affini per razza e per tradizioni politiche, o sono indotti più facilmente a legami giuridici essendo già politicamente avvinti dal vincolo federale; tali sono, della prima specie i tre regni scandinavi, e della seconda la Svizzera e la Germania.

8. — Il diritto internazionale fu considerato fino ai nostri giorni quasi esclusivamente come il diritto delle genti cristiane; perciò nello studio del quale ho tracciato le linee principali, formano altrettante eccezioni tutti i rapporti di diritto privato fra Europei ed Americani da una parte, ed indigeni dall'altra, in tutti gli Stati musulmani, ed in quelli dell'estremo Oriente. Pur questi rapporti, lungi dal restare esclusi dal nostro studio, devono anzi formarne parte integrante, sopratutto dopochè acquistarono tanto maggiore importanza, quanto più la facilità dei viaggi, la frequenza delle trasmigrazioni e la operosità dei commerci, li fecero diventare rapporti della vita quotidiana.

Io dovrò dunque almeno accennare, trattando dei varii istituti, allo stato di tali rapporti giuridici nei paesi musulmani, nella Cina e nel Giappone, ma sopratutto nell'Egitto, dove tanto grande è il numero degli stranieri e dove si va esperimentando da vent'anni una deroga importantissima ai loro privilegi.

I problemi che scaturiscono dallo stato eccezionale di questi paesi nella vita sociale delle nazioni, meriterebbero certamente un esame molto più minuto e profondo di quello che mi sarà possibile di consacrarvi, poichè dal modo di definire tale ordine di questioni dipenderà che il diritto internazionale cessi d'essere il diritto esclusivo dell'Europa e dell'America, per reggere, come voleva il Vico, l'umanità delle nazioni.

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NEL SISTEMA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

9. Carattere assolutamente territoriale della sovranità e dei suoi attributi. — 10. Varie specie di limiti all'esercizio esclusivo della sovranità. — 11. Sono tutti egualmente informati a ragioni supreme d'ordine internazionale.

9. — Talora si parla del diritto internazionale privato come d'una parte speciale del diritto privato; sovente come d'una parte del diritto internazionale del tutto autonoma e distinta dalle altre. E di quest'ultimo modo di concepirlo abbiamo le prove così nelle pubblicazioni come nell'insegnamento. Ma poichè credo inesatto tale concetto ed erronea la partizione sulla quale vien fondato, non mi pare fuor di proposito dirne brevemente le ragioni fin da principio.

Lo Stato, considerato in se stesso, apparisce, così nei limiti del suo territorio, come nelle funzioni e nell'estensione della sua sovranità, un organismo completo. Il suo territorio, determinato con precisione materiale, segna con altrettanta precisione giuridica ad un tempo il campo ed i limiti della sua azione sovrana.

Sia in quanto si riferisce alla concezione ed alla sanzione delle leggi d'ogni maniera, sia in quanto ne riguarda la applicazione, la competenza di ciascuno Stato (comunque possa distribuirla nei rapporti interni il diritto costituzionale) è, dal punto di vista internazionale, contraddistinta dalla più completa territorialità. Lo Stato cioè legifera e la legge dello Stato viene applicata in modo assoluto entro ai confini del territorio; e per converso la sovranità si estingue, e la legge cessa d'essere applicabile oltre quella frontiera. Assoluta al di qua ed evanescente al di là del confine, la sovranità e tutte le attitudini che ne derivano sono attributi giuridici dello Stato nelle stesse proporzioni e nella stessa misura in cui il territorio ne è un attributo materiale.

La verità di questo principio è provata ogni qualvolta uno Stato pretende, e non può per solo effetto della propria sovranità, estendere la propria azione sui sudditi oltre i confini del territorio.

Lo Stato può voler sorvegliare i suoi cittadini che si trovano all'estero e richiamarli, quando occorra, per farli adempiere ai proprii obblighi verso il paese d'origine. Ma questa costituzione ed azione di proprie autorità, fuori del territorio, come può concepirsi, indipendentemente dall'assenso e dalla cooperazione dell'altro Stato, sul cui territorio quell'azione si vuol esercitare, senza una lesione dei diritti sovrani di quest'ultimo che la renda per ciò solo giuridicamente impossibile? Nello stesso modo, come potrà uno Stato essere obbligato, contro la sua volontà, a riconoscere negli stranieri attributi diversi da quelli ritenuti nella sua legge come diritti dell'uomo? Come potrà ritenersi obbligato a riconoscere quale comando di legge anche nel suo territorio il comando di una legge straniera, e ad astringere i proprii magistrati all'applicazione di leggi diverse da quelle del paese?

Quando si consideri lo Stato in sè, in quella che potrebbe dirsi sua esistenza primordiale, nessuna ragione si trova nè negli attributi della sua personalità, nè nei principii informatori della sua legislazione, per modificare a suo vantaggio od a suo danno i limiti d'azione territoriale dell'una e dell'altra. Nessuna ragione se ne trova negli attributi della sua personalità, perchè quelli risultano dal rapporto fra la sovranità e il territorio abitato, e si riferiscono al bene della società, spiritualmente formata dai cittadini, ma fisicamente contenuta nel territorio. Nessuna ragione del pari se ne potrebbe trovare nei principii informatori della sua legislazione, poichè questa, in quanto a modo, non attinge ispirazione se non che dalle necessità giuridiche e pratiche considerate in relazione ad una data società, e in quanto ad estensione e ad intensità non può riguardare se non che i limiti del territorio dove il legislatore è sovrano, dove cioè gli compete la potestà di comandare.

Il diritto internazionale privato, che è tutto un sistema di limiti, non può ripetere i proprii fondamenti nè dal concetto dello Stato in sè, che è concetto essenzialmente assoluto, nè dagli attributi dello Stato in genere; nè infine dal suo diritto di legislazione, che tendendo di necessità a considerare per ciascun rapporto una sola norma materiale ed a considerarla in modo assoluto, potrebbe ispirare il diritto uniforme, ma non mai il diritto internazionale privato.

10. — Pure nella pratica della vita internazionale si decampa da questo assoluto concetto della sovranità territoriale, nel senso che a ciascuna sovranità sia dato d'irradiare oltre la frontiera l'esercizio dei suoi attributi, consentendo che si manifesti di tanto nel proprio terri-

torio l'effetto della sovranità degli altri Stati. Tali limiti all'assoluta territorialità della legge si vanno esplicando d'età in età sempre più numerosi in relazione con tutti gli attributi della sovranità territoriale che interessano la vita giuridica degli individui ed il benessere della società. Gli Stati cooperano uniformemente alla protezione in tutto il mondo di certi diritti considerati come attributi della persona: per esempio l'integrità personale e la libertà religiosa; e s'inducono a proteggere uniformemente certe esplicazioni dell'attività personale od intellettiva, come la proprietà artistica o l'attività economica, come il commercio o la proprietà industriale. Gli Stati del pari s'inducono in sempre maggiori proporzioni a coordinare l'esercizio di alcune loro funzioni sociali: come la posta, il telegrafo e la circolazione monetaria. E dal complesso di tutte queste cooperazioni e coordinamenti, che modificano e legano l'iniziativa singola e l'azione territoriale degli Stati nel campo del diritto costituzionale e di quello amministrativo, ne uscì tutta una serie sempre crescente di limiti alla territorialità della sovranità e della legge, cui si vuol dar nome di diritto internazionale amministrativo.

Un fenomeno analogo avviene nel campo del diritto penale e di quello privato. Nel primo l'ammissione della competenza personale e di quella quasi territoriale, integrate dall'istituto dell'estradizione, modificano notevolmente nella pratica la territorialità della legge penale. Nei rapporti di diritto privato, accanto ad un numero relativamente esiguo di norme di diritto materiale uniformi, si viene sviluppando, in proporzioni maggiori nella scienza, in proporzioni minori e finora con varietà d'indirizzo nella pratica, una serie di regole che potrebbero dirsi di competenza legislativa, destinate cioè ad indicare il modo e i limiti dell'azione estraterritoriale delle leggi d'ordine privato. Quantunque discordi nella formulazione di queste regole, pure tutti gli Stati sono concordi in ciò, che di tali regole si debbano adottare e praticare, che in una certa misura, cioè, si debba derogare dall'assoluta applicazione territoriale della legge.

11. — Ora deve domandarsi: il concetto che ispira ed informa queste deroghe dall'assoluta territorialità delle leggi di ordine privato, è un concetto dedotto dai fondamenti del diritto privato, oppure da quelli del diritto internazionale? E se appartiene a quest'ultima categoria, è diverso od identico a quello che ispira negli altri campi d'azione dello Stato, le deroghe dall'assoluta territorialità della sua azione sovrana?

La risposta, dopo quanto ho detto, mi pare del tutto evidente. Le ragioni di quei limiti non si possono trovare nello Stato in sè, poichè, quando lo si consideri isolatamente, la sua azione sovrana è tutta nel territorio, e non può essere altrove. E del pari quelle ragioni mancano nel diritto privato, poichè questo, o si considera prescindendo dalle condizioni di un determinato paese, ed in tal caso suggerisce una norma ideale di diritto materiale uniforme, o la si considera in relazione colle necessità di uno Stato e allora produce una norma che è la risultante delle ragioni del diritto concepite e formulate dalla sovranità in relazione con una società determinata; ma nè nell'uno, nè nell'altro caso può dare, insieme colla regola, la ragione e la misura della sua applicazione territoriale. Le ragioni di ogni tale espansione non possono dunque trovarsi se non che nel diritto internazionale, nelle condizioni cioè d'esistenza di quella società di Stati che, come tutte le esistenze collettive, subordina e limita di necessità quelle dei singoli enti che la compongono. È pertanto nei diritti delle sovranità che coesistono e nelle necessità della convivenza che tutte le comprende, anzichè nella materia delle leggi d'ordine privato, che sta la ragione suprema del diritto internazionale privato e di ciascun suo istituto. È perchè gli Stati coesistono in società, che una competenza estraterritoriale della legislazione si può non solo logicamente concepire, ma giuridicamente formulare, e praticamente far valere.

La ragione di ammettere in genere un periodo dell'esistenza umana durante il quale non sia piena la capacità giuridica dell'individuo, appartiene alla filosofia del diritto privato. La determinazione concreta di quel periodo spetta al diritto privato di ciascun paese. Il decidere se della capacità di stranieri si debba giudicare secondo regole straniere in genere, ed in ispecie secondo quelle di una determinata legge straniera, dipende dall'ammettersi o negarsi fra gli Stati un riconoscimento reciproco di competenza ed un'attribuzione reciproca di autorità fuori del territorio, e spetta pertanto del tutto al diritto internazionale. Il quale si distingue dal diritto pubblico dei singoli Stati e dal diritto privato, appunto perchè, sotto l'influenza di norme che trascendono quei diritti, determina di tutti e di ciascheduno i limiti dell'applicazione estraterritoriale.

Nè diversa è la ragione di quei limiti che si riferiscono al diritto internazionale penale ed amministrativo. La materia è rispettivamente di diritto privato, penale ed amministrativo, ma le ragioni informa-

trici sono di diritto pubblico tanto nel loro fondamento, quanto nella loro indicazione di competenza.

Non trattasi della bontà di un istituto in relazione coi bisogni dello Stato, ma dei limiti d'iniziativa e dell'estensione di competenza che devono competere alle varie sovranità nell'esercizio dei loro attributi. Una ne è la ragione in qualunque campo d'azione questi limiti si considerino, ed è la necessità superiore della società internazionale, nella quale tutte le legislazioni sono considerate come enti autonomi, ma moderati e governati dalle norme che scaturiscono dalle necessità della loro convivenza sociale. In questa pertanto trova il suo fondamento e la sua ragione il diritto internazionale privato, che potrebbe definirsi la risultante di queste due forze contrarie: la tendenza espansiva che trarrebbe ogni legislazione a voler regolare dovunque le persone, le cose ed i rapporti giuridici pertinenti in tutto od in parte al territorio del legislatore; e la tendenza esclusiva che porta ogni sovranità a non consentire nel proprio territorio diretti od indiretti comandi d'altri poteri sovrani.

Come nelle catene di monti che circondano i laghi, la parte lambita dalle acque non è necessariamente dissimile dalla vetta circondata dalle nubi, così quelle parti del diritto internazionale che riguardano i diritti privati, non sono diverse, quanto alle supreme ragioni, da quelle altre che riguardano esclusivamente e direttamente i rapporti sociali degli Stati.

Quei limiti all'assoluta territorialità dei poteri sovrani non possono pertanto concepirsi se non nelle proporzioni e nella estensione in cui siasi concepita l'esistenza d'una società di Stati. Nella coscienza che tale società esiste sta la ragione generica di quei limiti; nello sviluppo di tale società sta la determinazione del loro stesso sviluppo. Quei limiti tanto più si affermano e si svolgono in ogni campo della vita internazionale, quanto più aumenta d'estensione e d'intensità la esistenza concreta della società internazionale.

È necessario dunque indagare anzitutto come un tale sistema di limiti siasi venuto sviluppando insieme col concetto fondamentale che li ispira.

CAPITOLO TERZO

NOTIZIE STORICHE — L'ANTICO ORIENTE

12. Partizione storica. — 13. I popoli teocratici: l'India. — 14. L'Egitto, protezione dello straniero. — 15. Naturalizzazione ed estraterritorialità. — 16. Assiria e Persia. — 17. La China: sua civiltà ed espansione. — 18. Rapporti internazionali e diritti degli stranieri. — 19. Territorialità delle leggi. — 20. I Fenicii ed i Cartaginesi. — 21. Gli Ebrei: diritti degli stranieri e conflitti di leggi. — 22. La naturalizzazione. — 23. La schiavitù ed i diritti dell'uomo. — 24. La storia ebraica ed il diritto internazionale privato.

12. — Molti, come fa il Buscemi (1), dividono la storia del diritto internazionale privato in cinque periodi, che sono del resto quelli nei quali si suol dividere la storia politica del mondo. Cominciano dalla cosidetta notte dei tempi e chiudono il primo periodo colla maturità del greco incivilimento; considerano un secondo periodo lo svolgersi, il diffondersi ed il cadere dell'onnipotenza romana, per passare poi alle lotte barbariche e da queste alla fratellanza religiosa e civile inaugurata dal cristianesimo e fecondata dall'età moderna, approdando da ultimo al periodo di eguaglianza e d'armonia che comincia colla Rivoluzione francese.

Il Laurent, avendo un riguardo più speciale all'indole del soggetto, prendendo le mosse da epoca assai più recente, ne divide la storia (2) nei periodi degli statuti e del principio utilitario, per passare da ultimo a quello nel quale, riconosciuta ancora come necessaria la funzione regolatrice di un principio giuridico, questo s'ispirò all'intima competenza ed all'espansione estraterritoriale della legge della persona. Io cercherò, dopo aver dato uno sguardo al periodo, direi quasi preistorico, di questa parte del diritto, ed averne notato qua e là i germi ed i tentativi, d'osservarne e di rilevarne la lenta e graduale formazione scientifica, dai glossatori sino a Savigny, per passare con questo a studiarla nella sua forma concreta e nell'enuncia-

(1) *Le vicende del diritto internazionale privato nella storia della umanità* (Primo capitolo di un Corso inedito di Diritto internazionale privato). *Archivio giuridico*, vol. VIII, 1871, pag. 335-345.

(2) Laurent, *Le droit civil international*, I; Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et Marescq ainé, 1880.

zione di quelle regole precise ed atte a dirimere i conflitti, che formano l'oggetto più speciale del presente studio.

Non tutta questa esposizione storica si riferirà allo sviluppo di norme regolatrici dei conflitti fra leggi diverse, cioè a vere questioni di diritto internazionale privato. Si dovrà anzitutto considerare, se e quando ed in qual misura, nei diversi paesi e nelle varie epoche, siasi riconosciuta negli stranieri una certa somma di diritti civili. Ma tale indagine mal potrebbe dirsi estranea all'argomento, poichè l'ammissione degli stranieri all'esercizio di una maggiore o minore proporzione di diritti civili, è condizione necessaria perchè possa concepirsi l'esistenza di un diritto internazionale privato.

13. — Lo stato sociale che, dopo quello dei selvaggi, ci dà l'esempio più sconfortante del trattamento dello straniero, è certo quello dei popoli ordinati secondo il regime delle caste che sono la più perfetta e immutabile negazione dell'eguaglianza. Tale sistema, arrestando il procedimento di assimilazione che, dopo una guerra d'invasione permanente, s'inizia naturalmente in ogni paese fra vincitori e vinti, forma di questi ultimi una razza speciale e circoscritta. Le caste dell'antico Oriente mettendo ostacolo colle leggi e più ancora col disprezzo alla fusione dei sangui, e ripetendo la propria origine da precetti religiosi, davano la sanzione divina ad una serie d'atti ignobili e di sentimenti crudeli verso esseri che, diversi dalla razza dominante per sangue, erano esclusi altresì, in tutto od in parte, dalla loro comunione religiosa. La subordinazione della razza dei vinti a quella dei vincitori, che fu dovunque una conseguenza transitoria della conquista, venne in India santificata dalla religione e perpetuata nella storia. Originata, come lo indica il corrispondente vocabolo sanscrito, dalla diversità della razza o *colore*, il sistema delle caste trovò nel panteismo la causa della sua resistenza tanto alle rivendicazioni della ragione umana, quanto al succedersi di tante vicende.

Parrebbe a primo aspetto che una religione secondo la quale Dio esiste egualmente in tutte le cose ed in tutti gli esseri, dovesse riuscire favorevole all'eguaglianza; ma poichè, secondo quella stessa religione, il fatto, solo perchè è fatto, deve considerarsi divino, è naturale che vi si manifestasse la tendenza a consacrare tutti i fatti esistenti, santificando e perpetuando in tal guisa anche l'accidentale prodotto della violenza. Così le caste, che dovevano perpetuare fra gli uomini la forma più odiosa di divisione, ottennero la sanzione della fede, riuscita in India a creare non solo una classe di privilegiati

mantenutasi pura da ogni fusione colle altre e gelosissima dei proprii privilegi, ma anche una classe di oppressi e di reietti che crede alla giustizia della propria abbiezione (1). Le società informate a tali sentimenti verso razze che pur vivevano da secoli in mezzo a loro (2) non potevano che confondere gli stranieri propriamente detti nella stessa avversione.

In un tale ordine di società non può presentarsi che sotto un solo aspetto un sistema di diritto internazionale privato. È vero che, dopo una conquista, il re veniva esortato dai libri sacri a dare autorità alle consuetudini del popolo vinto (3). Ma se ciò portava un temperamento notevole nei rapporti di diritto pubblico, nessuna relazione aveva colla possibilità che gli stranieri residenti in India fossero ammessi ad una, per quanto parziale, comunità di diritto coi cittadini; anzi questa risultava del tutto esclusa dalle idee religiose e sociali degli Indiani.

I Sudra, quantunque tenuti in tanta inferiorità, erano pure una casta; gli stranieri venivano considerati invece, come i *Tciandala*, fuori delle caste (4), cioè fuori della società civile (5).

E tale assimilazione degli stranieri cogli abitanti dell'India che non appartenevano alle caste risulta nel modo più chiaro dalle leggi di Manù secondo le quali (6): « Tutte le tribù del mondo che sono

(1) *The laws of Manù translated* G. Bühler. Oxford, Clarendon Press, 1886, vol. XXV dei *Sacred Books of the East* editi dal Max Müller. I, 31: “ Ma per la prosperità dei mondi egli fece uscire i Brahma, Ksatryia, Vaiskia, e Sudra dalla bocca, dalle braccia, dalle coscie e dai piedi „. I, 87: “ Per proteggere l'universo egli assegnò separate occupazioni a quelli che uscirono dalla sua bocca, dalle braccia, dalle coscie e dai piedi „. — *The Institutions of Vishnù translated* by Julius Jolly. Oxford 1880, vol. VIII dei *Sacred Books of the East.* II, 2-8: “ Le prime tre caste sono dette *nate due volte* (twiceborn). I doveri loro sono..... per il sudra, di servire *i due volte nati.* — Vedi anche *The sacred laws of the Aryas as tauhgt in the schools of Âpastamba, Gautama, Vâsishtha, and Bandhâyana,* trans. by George Bühler, parte II, vol. XV della coll.; II, 20 e IV, 1 e 2.

(2) *The sacred books of the Aryas*, vol. cit., XVIII, 9 e 10, pag. 95: “ Il figlio di un bramano e di una sudra è un Pârasava, cioè uno che, quantunque vivente, è impuro come un cadavere „. XVIII, 18: “ Una moglie sudra che appartiene alla razza nera è sposata per piacere ma non per adempiere alla legge „.

(3) *The laws of Manù*, ediz. cit., VII, 203.

(4) V. Laurent, l. c., pag. 113-4.

(5) *The laws of Manù*, ediz. cit. V, 88: “ Quando ha toccato un Tciandala... un senza casta, deve purificarsi con un bagno „. XI, 176: “ Un bramano che avvicina una Tciandala o di altra bassa casta, senza intenzione, perde la casta; se lo fa con intenzione, diventa suo eguale „.

(6) Ediz. cit., X, 45.

escluse dalla comunità di quelli nati dalla bocca, dalle braccia, dalle coscie e dai piedi di Brahma, sono chiamate *Dasyus*, sia che parlino il linguaggio dei Mlekkas (barbari) sia quello degli Ariani ». Il loro corpo non poteva purificarsi coi riti che soli valgono a purificarlo e che sono privilegio d'una comunione da cui essi restavano esclusi (1) sicchè, nella gerarchia delle creature, gli stranieri venivano dopo gli elefanti, i cavalli ed i Sudra, e prima soltanto dei leoni delle tigri, dei cignali e degli altri animali selvatici. La ospitalità era onorata e praticata, ma, come per l'ospite delle classi inferiori (2) che il Bramano faceva sedere fra i proprii servi, così per lo straniero non poteva non portare l'imprónta della ripugnanza religiosa da parte dell'indiano, e dell'inferiorità da parte del suo ospite.

Il buddismo, senza scalzare i fondamenti della filosofia indiana, v'edificava sopra un sistema che era tutto informato dal concetto dell'eguaglianza e rendeva possibile fra popoli di razza diversa una comunità di diritto che il pio re Azoka formulava (3) come una fratellanza cosmopolita (4). Ma il buddismo non ebbe in India che un'esistenza effimera senza conseguenze durature nella vita sociale; nè maggiore influenza ebbero le poche sètte che ad imitazione di esso riprovarono il sistema delle caste. Ed anche la più recente riforma indiana, quella di Sir Ram Mohun Roy, che pare un avviamento all'unitarismo cristiano (5), ebbe finora angusta la diffusione ed assai scarsa l'influenza.

Invano passarono i secoli e le rivoluzioni (6) su questo gretto sistema che la ragione condanna. Le caste, suddivise col tempo, continuarono a sussistere come strati sovrapposti che poco si possono confondere fra loro (7) e punto cogli elementi stranieri, nelle relazioni

(1) *The sarva-darsána-samgraha, or review of the different systems of Hindù philosophy by Mádhava Acharyia translated by* E. B. Cowell *and* A. G. Gough, London, Trübner, 1882. Cfr. G. A. Jacob, *A Manual of hindù pantheism. The Vedântasâra.* London, Trübner, 1888, pag. 5, 23, 122, 3.

(2) *Leggi di Manù*, B. VII, 110.

(3) Catellani, *Buddismo orientale e buddismo europeo*, Venezia 1891, pag. 33-42.

(4) *Ctesia Indica*, 8: Περὶ τῶν Ἰνδῶν, ὅτι δικαιότατον, καὶ περὶ τῶν ἐθῶν καὶ νομίμων αὐτῶν, 11. Parlando dei Pigmei dello stesso paese: Δικαιότατοι δὲ εἰσι.

(5) Barthélemy Saint-Hilaire, *L'Inde anglaise*, Paris, Perrin, 1887, pag. 205-8, 283-8, 290-1.

(6) Barthélemy Saint-Hilaire, l. c., pag. 350-6.

(7) *Âpastamba's Yagña-Paribhâshâ-Sûtras*. Sûtra II e comment. nel XXX vol. dei *Sacred Books of the East*, pag. 315, 6. Oxford, Clarendon Press, 1892.

più importanti della vita; l'indiano continua ad apprendere gli usi delle parole dall'abitudine degli antichi scrittori (1) e l'India moderna fornisce una riprova che quella antica non ebbe se non un valore negativo nello sviluppo del diritto internazionale privato. Poichè come non può dirsi che esista un diritto costituzionale dove il popolo è oppresso dal più assoluto dispotismo del principe, così dove lo straniero è considerato privo di diritti manca del tutto il substrato necessario del diritto internazionale privato.

14. — La storia dell'Egitto rivela ancor essa un concetto dello straniero assai diverso da quello che informa la condotta di società più progredite. Pure tanto rispetto ai principii religiosi e sociali, quanto rispetto alle loro conseguenze pratiche, l'Egitto presenta coll'India un notevole contrasto. In India si riscontrano condizioni che rendono impossibile l'esistenza d'un diritto internazionale privato; nell'Egitto invece quelle condizioni del tutto negative non sussistono, e, mentre spesso vi appariscono rispettati i diritti privati degli stranieri, non manca talora un accenno alla scelta d'una legge estraterritoriale competente a regolarli.

Non v'è egiziano, dice Erodoto, che voglia abbracciare un greco, nè servirsi del coltello d'un greco, nè assaggiare la carne d'un bove che sia stata tagliata col coltello d'un greco (2). Ma oltrechè osservare che il solo isolamenlo causato da riti speciali relativo al cibo non è indizio bastante di avversione verso chi osserva riti diversi, giova notare che Erodoto visitò l'Egitto nel 455 avanti Cristo, quando cioè quel paese era già una satrapia persiana, e la parte migliore della sua storia poteva dirsi esaurita, e il suo genio nazionale modificato dal contatto coll'Asia. Ma la storia antecedente dell'Egitto, nonchè potersi riassumere con una frase generica e negativa, deve dividersi, quanto al trattamento degli stranieri, in quattro periodi la cui successione è contraddistinta da un lento progresso. Nel primo, che va dall'epoca più remota fino al regno di Totmes I, lo Stato era così isolato da potersi dire una Cina africana, ma i privati stranieri non erano stimati del tutto *ex-lege* dal governo e dal popolo egiziano. Nei rapporti sociali interni la popolazione era divisa in una gerarchia di classi; ma questa, diversamente che in India, era contraddistinta

(1) *The sarva-darsána-samgraha by Mádhava Acharya*, ediz. citata, pag. 252.
(2) Erodoto, II, 41.

da linee di demarcazione che a ciascuno era dato di varcare. Le scuole pubbliche erano aperte a tutti con larghezza degna d'una democrazia. La legge ammetteva le disuguaglianze sociali, ma la religione non le perpetuava, e se il popolo egiziano trovavasi talora in condizioni peggiori di quelle del sudra indiano, pure nessun dogma religioso impediva, come nel caso del sudra, che quella condizione potesse cambiare. Così lo straniero, che in India la religione dichiarava un essere impuro, non era del tutto escluso in Egitto da ogni garanzia, e mentre l'assunzione di Giuseppe al governo prova che lo straniero era atto ad ottenere quella che si direbbe ora *grande naturalizzazione*, la religione non negava, anche alla comune dei forestieri, la protezione degli Dei. Set, infatti, era nell'antica mitologia egizia riconosciuto come il protettore dei forestieri, la forza che trasportava i figli del deserto come nuvole di polvere sulla fertile terra (1).

Gli stranieri non erano in quell'epoca antichissima del tutto esclusi dal suolo egiziano; ma il Governo faceva esercitare una minuta sorveglianza alla frontiera e non permetteva l'ingresso nel territorio se non che dopo un'inchiesta fatta dalle guardie di confine che ne inviavano i risultati alle autorità della capitale per la decisione. Fu in tali condizioni che Abramo visitò l'Egitto fra l'undecima e la tredicesima dinastia. Il fatto che la moglie, creduta di lui sorella, e toltagli per arricchire il gineceo del principe, gli veniva da questo restituita quando fu noto l'esser suo, non è piccolo indizio di rispetto verso gli stranieri. E ciò tanto più che il Faraone, quantunque lo rimproverasse per averlo ingannato e lo espellesse dal territorio, pure lo lasciava partire con quanto possedeva.

Con Totmes I (1633 a. C.) comincia un nuovo periodo nella storia dell' Egitto, entrato per opera di lui in tutto un sistema di relazioni internazionali donde non doveva più uscire finchè durava la sua indipendenza. Non tutti i mutamenti che risultarono dall'opera sua furono progressi, chè la frequenza delle guerre e l'abbondanza dei prigionieri condusse lentamente a quella tratta degli schiavi ch'era ignota all'età precedente. Ma i rapporti convenzionali e commerciali divennero sempre più numerosi, e, dopo di lui, la regina Hatasu, mandate ambascierie fino alla costa dei Somali, stipulò con questi un trattato che garantiva alle due parti la reciproca libertà di commercio. E la garanzia convenzionale veniva posta sotto la tutela della reli-

(1) Rawlison, *Ancient Egypt*. London, Fisher Unwin, 1887, pag. 113.

gione, quando la regina Hatasu e la regina dei Somali che la visitava sacrificavano insieme ad Ammone ed alla divinità nazionale degli ospiti dell'Egitto.

15. — Sotto il regno di Ramses II, l'Egitto poneva fine alle guerre cogli Ittiti mediante un trattato che, restituito alla luce da Champollion, è ora il più antico documento posseduto dalla diplomazia. Quel trattato stabiliva la reciproca protezione dell'industria e del commercio delle due nazioni, l'estradizione dei delinquenti, *la consegna dei sudditi di un principe che si recassero verso l'altro* (1). Non è ben chiaro il significato di questa clausola, nè tutte le versioni vanno d'accordo. Secondo alcuni, infatti, essa importava l'obbligo di restituzione al confine degli emigrati, allo scopo d'impedire l'esodo delle industrie nazionali; secondo altri avrebbe avuto lo scopo d'impedire che si compisse un mutamento di sudditanza (2).

Nella versione più completa del De Rougé (3) risultano ricercati distintamente entrambi questi casi. Quello relativo alla sudditanza può spiegarsi soltanto ricorrendo a concetti diversi dai nostri e più conformi all'indole di quelle età remote, circa lo Stato, i suoi diritti, i diritti degli stranieri, e la confusione del diritto privato con quello sacro e pubblico. Ora il concepire uomini abitanti in paese diverso dal proprio e conservanti la nazionalità originaria pur senza subirvi *capitis deminutiones* quanto ai diritti sociali, pare concetto assai semplice e naturale. Ma, nonchè nell'antichità, nemmeno in secoli a noi vicini era così. Con tutto il complesso d'una civiltà simile all'egiziana è più in armonia l'opinione che lo straniero ammesso allo stabilimento ed all'esercizio dei diritti privati ottenga per ciò solo anche la naturalizzazione e non possa sottrarvisi scindendo i due rapporti. Il distinguere la tutela della legge nel diritto privato, dall'impero della legge nei rapporti di diritto pubblico, è assunto troppo sottile per una società

(1) Holtzendorf, *Introduction au droit des gens*. Ediz. fr., Hamburg, Richter, 1889, pag. 159 e nota 4.

(2) Rawlison, l. c., pag. 243.

(3) Art. 32: " Se abitanti delle provincie del re d'Egitto si rendono verso il gran principe di Cheta, questo non li riceverà, ma li farà ricondurre al signore di giustizia, il gran re d'Egitto „. V. la reciprocità nell'articolo 35. Art. 33: " Se uomini abili vengono nel paese di Cheta per servirvi in qualche modo non saranno trattenuti a dimorare nel paese dei Cheta, ma si faranno ricondurre a Ramses-Miamun gran re di Egitto „. V. la reciprocità nell'articolo 36 e negli articoli 44, 46, 47 le regole sulla estradizione. Traduz. del De Rougé. — Appendice Iª degli *Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et les Romains*. Paris 1866, pag. 248-251.

non molto progredita. È dunque probabile che allo straniero commerciante e di passaggio si riconoscessero i diritti civili continuando a ritenerlo straniero; e che al forestiero ammesso col consenso del Governo allo stabilimento nel paese si attribuisse per effetto di ciò anche la sudditanza; così che d'un lato questa non potesse mutarsi senza mutare il domicilio e che dall'altra, mutato il domicilio, seguisse necessariamente il mutamento della nazionalità. Ed anche a proposito degli stranieri commercianti e non domiciliati stabilmente nel paese, giova notare che lo stato in gran parte consuetudinario del diritto e la confusione del potere giudiziario con quello legislativo, propria delle società primitive, dovevano sovente impedire di necessità, che si potesse parlare di applicazione di legge straniera ai rapporti fra forestieri. In un tale ordine di società non può presentarsi che sotto un solo aspetto un sistema di diritto internazionale privato. Questo poteva cioè sviluppare lo stadio preliminare relativo al riconoscimento dei diritti civili nel forestiere, ma dovevano restare in uno stato del tutto rudimentale le norme relative all'applicazione del diritto straniero.

La possibilità che lo straniero stabilito in Egitto conservasse la nazionalità originaria, e vedesse i proprî rapporti privati regolati dalla legge personale, si manifesta nell'ultimo periodo dell'antica storia egiziana. Fino al regno di Psametico era proibito alle navi straniere di penetrare da qualunque delle foci del Nilo o di toccare un porto egiziano. Ma Psametico (665 a. Cr.), che aveva riconquistata l'indipendenza coll'aiuto dei greco-carii, concesse ai Greci di stabilirsi sul delta e fu assegnata loro specialmente come residenza Naucrati, dove sorsero in breve fattorie di Mileto, Focea, Rodi, Samo, Chio, Mitilene, Alicarnasso ed Egina (1). Più tardi i diritti degli stranieri vennero aumentati a Naucrati, e fu loro concesso di stabilirsi anche altrove (2). Colà magistrati speciali, detti prostáti e timarchi (3), governavano l'esistenza di quei coloni, alla guisa degli attuali consoli europei nei paesi del Levante.

Si può dunque affermare concludendo, che l'Egitto era più capace dell'India di concepire e di sviluppare rapporti internazionali di pace;

(1) Curtius, *Storia Greca.* Ediz. Loescher, vol. I, pag. 441 e Grote, *Storia Greca,* vol. II, pag. 90 dell'ediz. franc., Paris, Lacroix, 1865.

(2) Barbeyrac, *Histoire des anciens traités,* I Partie. Amsterdam, Janssons, 1739, pag. 52, anno 569 a. C., Trattato fra Amasi ed i Greci.

(3) Erodoto, I, 178, 9.

che lo straniero vi era considerato come soggetto capace di diritti, e che eccezionalmente si arrivò anche ad ammettere nell'ultima età la applicazione della sua legge patria ai suoi rapporti d'ordine privato. Ma questa applicazione era limitata ai rapporti fra stranieri residenti in determinate località, e veniva attribuita alla competenza di loro magistrati speciali. Sicchè l'ordinamento del diritto internazionale privato nell'antico Egitto non trova un riscontro nei concetti dominanti nell'attuale società occidentale, ma in quelli che vigono nell'estremo Oriente contemporaneo, dove l'ammissione dello straniero, e la personalità della sua legge, trasformata in extraterritoriale, sono limitate a determinati luoghi del territorio.

16. — Nelle grandi monarchie antiche dell'Asia occidentale fanno del tutto difetto da principio i rapporti pacifici cogli stranieri, ed alcune di quelle non arrivarono a svilupparli nemmeno negli ultimi stadii del loro sviluppo. Così è della Caldea e dell'Assiria che, o per difetto di notizie particolari giunte fino a noi, o più probabilmente per vera imperfezione di sviluppo civile, nessun contributo portarono al riconoscimento dei diritti internazionali dello Stato e dell'individuo. Quelle monarchie non venivano in rapporto cogli altri paesi se non che col mezzo della guerra, e nella guerra erano ferocemente crudeli (1), così che soltanto durante il secondo impero d'Assiria l'annessione fu sostituita alla semplice devastazione militare dei paesi nemici ed allo sterminio dei loro abitanti (2). Ed anche in questo secondo periodo, Sargon, tanto inferiore in ciò ai monarchi egiziani, così compendiava il proprio ideale: « Possa io accumulare in questo palazzo immensi tesori, il bottino di tutti i paesi, i prodotti delle montagne e delle valli ». E questi sovente giungevano portati talora dagli stessi principi dei popoli vinti. Ma a migliaia giungevano pure, trasportati per volere del conquistatore, gli abitanti dei paesi conquistati (3). E tale emigrazione forzata, ch'era in se stessa il misconoscimento d'ogni diritto dei vinti, preparava loro un'esistenza ricordata, nelle tradizioni dei popoli che vi sopravvissero, come la più amara delle servitù. A proposito di quelle monarchie guerresche e rapaci, il cui unico rapporto internazionale era la guerra, può ben dirsi col Laurent, che un mirabile processo provvidenziale fu trovare l'odio alla

(1) Ragozin, *Assyria*. London, Fisher Unwin, 1888, pag. 160-2. Estratto dalla lunga iscrizione detta *Annali di Assurnazirpal*.

(2) Op. cit., pag. 219-222.

(3) Holtzendorf, l. c., p. 168, 9.

base di rapporti destinati a uniformarsi sempre più ad una legge universale di amore.

Analoga nelle origini fu l'esistenza della Persia, e quantunque essa non perdesse mai di vista l'ideale guerriero, non ispirò soltanto a questo la sua condotta. Ancora nel 500 avanti Cristo, Dario narrava fieramente le sue imprese sulla roccia di Bagistana, vantandosi di aver provato che la freccia del Persiano andava ben lungi. Ma se la forza della Persia era espansiva, la sua espansione non era così scompagnata dall'umanità e dal diritto come credette lungamente l'Europa giudicandone sotto l'influenza dell'avversione ellenica. Ciro, vinti i Medi, procedette alla fusione dei due popoli, ammettendo i vinti a tutti gli uffici politici (1); e la stessa eguaglianza di diritti risultò, secondo attesta Senofonte (2), dall'alleanza stipulata nel 556 avanti Cristo cogli Ircani (3). Cambise imitò Ciro nel mite trattamento degli altri popoli e nella tolleranza degli usi e della religione loro; ed anche in Egitto nulla egli mutava dopo la conquista nelle leggi, nelle istituzioni e nella vita nazionale in genere, alle cui esigenze anzi egli stesso si piegava (4). Tale larghezza di concetti giunse poi all'apogèo nell'organizzazione data da Dario ai suoi dominii. La lingua, la religione e le particolarità nazionali di ciascun paese furono rispettate; ai singoli satrapi fu delegata gran parte dell'autorità del sovrano, e molti paesi soggetti, che dipendevano mediante il satrapo dalla Persia, continuavano ad essere governati, subordinatamente a quello, dai loro principi o dai loro magistrati repubblicani (5). I satrapi erano in tal caso rivestiti d'autorità simile a quella dei moderni residenti coloniali europei accreditati presso la corte dei principi vassalli. Così nel tempo stesso che diversi governi e diverse religioni, anche diversi sistemi di diritto coesistevano colla medesima autorità nei limiti di un medesimo impero, dando luogo, come il diritto medioevale, a questioni, circa la scelta e l'applicazione della legge, analoghe a

(1) Ragozin, *Media*. London, Fisher-Unwin, 1889, pag. 297, 8.

(2) Senofonte, *Ciropedia*, L. IV, C. II, § 3 e 9. Ediz. del Bornemann, Gotha, Henning, 1828, pag. 238-241.

(3) L. c., § 8: Ἐκ τούτου πιστὰ δίδωσιν αὐτοῖς, ἦ μήν, ἂν ἐμπεδώσωσιν ἃ λέγουσιν, ὡς φίλοις καὶ πιστοῖς χρήσεσθαι αὐτοῖς, ὡς μήτε Περσῶν μήτε Μήδων μεῖον ἔχειν παρ'ἑαυτοῦ. Καὶ νῦν δ' ἔτι ἰδεῖν ἔστιν Ὑρκανίους καὶ πιστευομένους καὶ ἀρχὰς ἔχοντας, ὥσπερ καὶ Περσῶν καὶ Μήδων οἳ ἂν δοκῶσιν ἄξιοι εἶναι.

(4) Ragozin, *Media*, pag. 352-4.

(5) Ragozin, Op. cit., pag. 384-6 e Benjamin, *Persia*. London, Fisher Unwin, 1888, pag. 105-7.

quelle che si presentano nel campo proprio al diritto internazionale privato.

In un tale sistema, che potrebbe chiamarsi un impero di Stati, mi mancano, nè so se esistano, dati circa il diritto applicato ai rapporti giuridici dei sudditi d'una satrapìa, sopratutto di quelle che erano in realtà Stati semi-sovrani, nel territorio delle altre. Ma è certo che in nessun paese soggetto all'impero del monarca persiano potevano misconoscersi in loro i diritti attribuiti ai sudditi; sicchè nella grande varietà di razze e di civiltà di quelle provincie, il persiano s'assuefaceva a riconoscere ed a rispettare la personalità giuridica dello straniero che facilmente vi otteneva ospitalità ed opportunità di commerciare (1). Ciò era consentaneo, del resto, col carattere, universalista piuttostochè nazionale, della religione di Zoroastro (2) che provvedeva alla tutela, non che di tutti gli uomini, di tutti gli esseri viventi (3), e non è contraddetto dai libri sacri dei Parsi contemporanei. In questi, infatti, si nega che sia lecito togliere le proprietà dei forestieri e degli infedeli, fatta eccezione dal mal tolto, che quelli non restituiscano di buona voglia (4), e si riconosce l'obbligo di decidere secondo il diritto le controversie interessanti stranieri (5), che non erano del tutto esclusi nemmeno dai rapporti famigliari cogli indigeni (6). È vero che altrove vi è sconsigliato il commercio cogli stranieri e cogli infedeli (7), ma trattasi qui non di negazione di diritti, bensì di una diffidenza giustificata dalla conquista che aveva subìto il loro paese e dalla persecuzione che desolava la loro fede quando quel testo veniva redatto (8). S'incontra, è vero, un passo in quel libro, che ha l'apparenza di mettere al bando gli stranieri, dicendo: « Ricchezze, cavalli, forniture, vino e terra non possono darsi legit-

(1) Erodoto, I, 94.

(2) *Pahlavi Texts trans. by* E. W. West, part. IV, *Contents of the Nasks*, lib. IX, cap. 57, § 20-3, pag. 351, 2. Oxford 1892, vol. 37 della collez. citata.

(3) Vol. cit., cap. 39, § 1, pag. 136, 7.

(4) *Pahlavi Texts*, ecc., part. II, *The Dâdistân-î-Dînîk and the epistles of Mânûskîhar*. Oxford 1882, vol. XVIII dei *Sacred Books of the East*, cap. 63, pag. 196, 7.

(5) Op. cit., parte IV, libro VIII, cap. 20, § 26, pag. 57, 8 e § 151, pag. 72, dove si considera colpevole quel giudice che giudica diversamente secondo l'origine delle parti. Il che implica ad un tempo la tutela giuridica dello straniero e la territorialità del diritto.

(6) Vol. cit., cap. 30, § 11, pag. 99 e cap. 31, § 8, pag. 100.

(7) Op. cit., parte II, cap. 50, pag. 176 e cap. 53, pag. 182.

(8) Anno 881 d. Cr.

timamente nè a stranieri, nè ad idolatri » (1). Ma quando si combini questa clausola negativa con quelle che garantiscono le proprietà degli stranieri e permettono anche di commerciare con loro, si capisce non poter quelle riferirsi se non che alle trasmissioni di proprietà a titolo gratuito. Quella clausola apparisce pertanto come analoga al così detto diritto di albinaggio, che tanto a lungo è durato in Europa, senza che gli stranieri vi fossero del tutto fuori della legge e senza che ne risultasse del tutto impedito un parziale sviluppo del diritto internazionale privato.

17. — La Cina presenta, nell'antico sviluppo del diritto, un fenomeno singolare per la sua indole, non meno che per la sua precocità. Poichè il diritto, sviluppatosi in elaborato sistema, anzichè ritrarvi, come altrove, ispirazione e contenuto dal concetto teocratico, giunse invece a divinizzare la legge e lo Stato e ad informarvi così, con esempio unico, il sistema religioso al suo contenuto giuridico.

E mentre venivasi sviluppando sotto tali influenze la sua civiltà, la Cina era ben lontana da quell'isolamento (2) e da quell'avversione per gli stranieri, che divennero inseparabili dal suo nome nell'opinione volgare dei nostri giorni. Anzi entrambi quei sentimenti non si svilupparono che assai tardi nel celeste impero, e vi vennero suscitati, non già da un intimo moto psicologico, ma dall'influenza di cause del tutto esteriori.

Nel 246 avanti Cristo il primo degli autocrati, Chi-Hoangti, costruiva la muraglia; ma nè tale costruzione significò fin d'allora isolamento, nè prima il paese era stato del tutto segregato dal resto del mondo. Anzi e prima e dopo di quell'avvenimento, che corrispondeva cronologicamente alla prima guerra punica, la Cina aveva senza interruzione cercato di espandere verso occidente il dominio colle conquiste, le cognizioni geografiche coi viaggi, e le esplorazioni e i rapporti pacifici colle ambascierie e coi commerci. Col lontano occidente era venuta in contatto, stringendo coll'impero romano rapporti, che giunsero ad una certa frequenza ed intimità al tempo della guerra contro i Parti e che furono interrotti soltanto dall'espansione dell'islamismo. Cogli altri popoli d'oriente doveva esercitare un commercio operoso, se ai nostri giorni si trovarono le sue tazze di porcellana nelle tombe d'Egitto. E se più tardi quel paese si chiuse

(1) Op. cit., parte II, pag. 197, c. 63.

(2) Giuseppe Ferrari, *La Chine et l'Europe*, Prefazione. Paris, Didier, 1867, pag. III-5.

in se stesso; se dall'VIII secolo dell'êra nostra si segregò da ogni rapporto internazionale, ciò fece per salvare le sue istituzioni minacciate; se concepì avversione contro gli stranieri, ciò fu dovuto alla condotta degli stranieri stessi (1), mentre i successi delle prime missioni gesuitiche e le onorificenze conseguite dai missionari provano come l'inaccessibilità fatale della Cina non sia che una leggenda (2).

Di questa sua relativa attitudine all'espansione ed ai rapporti esteriori, la Cina diede prove, il cui numero, a partire dall'unificazione sua, sta in ragione inversa del numero di secoli della sua storia; sicchè è nel periodo più lontano della sua esistenza che fa d'uopo cercarle. Quando infatti l'impero vi si stabilì sotto forma di Stato unitario solidamente costrutto, la Cina giunse bensì a conoscere popoli lontani, dei quali prima non avea sospettato l'esistenza, ma nel tempo stesso altre cause le vietarono di sviluppare gradatamente con quelli un sistema di costanti rapporti, mentre la forma unitaria dello Stato impediva che quelli od analoghi rapporti si sviluppassero nell'interno del suo territorio (3). Ma nel periodo anteriore, quando la Cina era divisa in varii principati contenuti gerarchicamente in un impero, la sua vita presentava quel tanto di unità e di varietà che era necessario per lo sviluppo di un sistema di rapporti internazionali.

Questi trovarono pertanto il loro terreno favorevole in un modo di esistenza politica, che era già antico quando Confucio impartiva con varia vicenda ai principi i suoi insegnamenti; che aveva avuto il suo inizio più di 12 secoli avanti l'êra volgare, che prima di Alessandro e di Platone, di Budda, di Romolo e di Salomone, aveva dato il

(1) V. il rapporto del mandarino Tching-Mao all'imperatore nel 1717; nelle *Lettres édifiantes et curieuses concernant l'Asie, l'Afrique et l'Amérique*, tome troisième, *Chine*, pag. 272, 3 e 346. Paris, Société du Panthéon Littéraire, 1842.

(2) V. *Literae patentes imperatoris sinarum Kang-Hi Sinice et Latine cum interpretatione R. P.* Ignatii Koegleri *Pekini Mathematum Tribunalis Presidis, Mandarini secundi ordinis, adsessoris supremi tribunalis rituum. ex archetypo sinensi*, ed. Cristophorus Theophilus De Murr, Norimbergae et Altdorfii in Bibliop. Monathi et Kussleri, MDCCCII. — V. i cenni biografici del Koëgler e le notizie dei suoi funerali fatti celebrare dall'imperatore a spese proprie e secondo il rito cattolico.

(3) Martin W. A. P., *Les vestiges d'un droit international dans l'ancienne Chine* nella *Revue de Dr. int.*, 1882, vol. 14, pag. 228; Ed. Biot, *Mémoire sur la constitution politique de l'ancienne Chine au XII siècle av. notre ère*, nei *Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et belles lettres*, Ie série, *Sujets divers d'éruditions*, t. II, Paris, Imprim. Nat., 1852, pag. 43, nota.

prestigio di una tradizione ad una vita sociale singolarmente analoga a quella dell'Europa cristiana durante il medio evo.

La Cina in quel periodo di tempo potrebbe dirsi un impero feudale federativo, composto di 12 Stati principali, ciascuno dei quali ne comprendeva un certo numero di minori (1). Le conquiste di questi popoli verso occidente furono umane e diedero per risultato un certo numero di Stati semi-sovrani, 16 dei quali erano, durante il settimo secolo avanti Cristo, in rapporto di vassallaggio colla Cina. Fra questi Stati intercedevano rapporti diplomatici regolati da un minuzioso cerimoniale (2), e si stipulavano convenzioni d'ogni maniera (3); e la espansione tendeva così costantemente ad occidente da permettere ad Abele Rémusat di paragonare gli antichi Cinesi ai Fenicii, attribuendo a quelli nei rapporti continentali un'influenza analoga a quella ch'ebbero i Fenicii nei rapporti marittimi.

Anche ammettendo dunque che i contatti internazionali degli antichi Cinesi fossero esclusivamente limitati dai confini geografici della loro coltura (4), fa d'uopo convenire che il loro ambiente politico era singolarmente favorevole non solo allo sviluppo di un sistema di diritto internazionale, ma anche al sorgere dei problemi fondamentali del diritto internazionale privato.

Nè meno dell'ambiente politico v'era favorevole quello religioso e morale. Chi ne consideri uno degli elementi, il Buddismo, vi trova l'idea della fratellanza umana, che distrugge ogni barriera di casta e di nazionalità, che riassume la perfezione ideale nell'amore per tutti gli esseri viventi, ed insegna: « essere felice colui che vive amando chi lo odia ». Il Taoismo subiva pure nel suo sistema morale tutta l'influenza dell'etica buddista. Nel Thâi-Shang, o Trattato delle azioni e delle loro retribuzioni, è detto buono e degno di lunga vita chi accumula virtù ed opere meritorie; *ama tutte le creature;* sente pietà degli orfani e delle vedove; non porta danno *nemmeno agl'insetti, all'erba ed agli alberi*, e largisce favori senza attenderne ricompensa (5).

(1) Biot, l. c., pag. 1-45.

(2) *The sacred books of China. The texts of Confucianism, translated by* James Legge, part. IV. *The Li, or collection of treaties on the rules of propriety or ceremonial usages*, pag. 458-465, Book XLV. PHING-I, o il significato dello scambio di missioni fra le varie Corti.

(3) Martin, l. c., pag. 237.

(4) Gützlaff, *Geschichte des Chinesischen Reiches*. Stuttgart u. Tübingen, Cotta, 1847, pag. 63.

(5) *The Thâi-Shang* nei *Texts of Taoism*, part. II. Oxford, Clarendon Press, 1891, vol. XL dei *Sacred Books of the East*, pag. 237.

La dottrina di Confucio poi, che faceva del Buddismo cinese una cosa diversa da quello indiano, ne trasformava i concetti metafisici, ma non le basi della morale; circa le quali non v'era dissidio tra l'asceta che aveva insegnato: « L'odio non si fa cessare coll'odio, ma coll'amore », ed il filosofo pratico, che primo insegnava agli uomini (1): « Non fate ad altri quanto non vorreste fosse fatto a voi ». Anzi quelle massime acquistavano tanto maggior valore in un sistema, secondo il quale, più del culto, vale il compimento del dovere, e questo soltanto può rendere l'uomo degno d'appartenere al regno celeste realizzato in terra nell'impero cinese (2). Sicchè se un sistema religioso può, come sostiene il Pfleiderer, attingere dal solo elemento morale ogni virtù d'esistenza e di resistenza (3), questo è vero sopratutto del confucianismo (4), nel quale la morale è quasi tutta la religione.

18. — Che rapporti corressero sotto la tutela del diritto fra la Cina e popoli appartenenti a diversa civiltà, è provato dalla esistenza degli interpreti alla corte imperiale (5), e dall'obbligo generico di ricevere secondo i riti gli stranieri che vengono alla corte. Ma la pienezza dei diritti era riconosciuta dai Cinesi soltanto agli Stati ed ai popoli della stessa coltura, nei rapporti coi quali si invocavano gli usi regolari ed i decreti degli antichi imperatori. Gli stranieri non cinesi erano tenuti in ben diversa opinione e si estendeva loro più volentieri il vassallaggio (6), come a barbari, che l'amicizia come ad eguali (7). Ma queste differenze riflettevano piuttosto i rapporti diretti fra Stati che non i diritti degli individui, la protezione dei quali, a qualunque nazione appartenessero, ritenevasi un dovere del prin-

(1) George Matheson, *Religion of China* nelle *Faiths of the world*. Edinburgh, Blackwood, 1882, pag. 83.

(2) Matheson, l. c., pag. 79, 80.

(3) Pfleiderer, *Religions philosophie*, II, pag. 622; Mariano, *Studi critici sulla filosofia della religione*. Napoli 1887, pag. 189, 190.

(4) In questo senso elevato si può ripetere col Gützlaff, l. c., pag. 75, che i Cinesi " nur das Nützliche und Unentbehrliche hochachteten, und sich wie an der Erde fest gewurzelt dachten ".

(5) Biot, l. c., pag. 43, nota.

(6) Martin, l. c., pag. 233, 4.

(7) *Li-Ki*, o istituzioni e costumanze della Cina antica. Firenze, Le Monnier, 1883; trad. (soltanto parziale) del Puini, II, 52, pag. 61: " I piccoli principi dei popoli barbari, quando entrano nello Stato governato dal sovrano supremo, non si chiamano altrimenti che col loro nome, cioè *il tale dei tali*. All'estero hanno nome di Tsz' e da sè stessi si appellano per modestia " gente da poco, Ku ". Invece (II, 57, pag. 63) il feudatario (cinese) si annuncia all'imperatore " il feudatario tale dei tali vostro suddito ".

cipe (1). Basta che il regolamento di tali diritti fosse bene sviluppato nei rapporti fra sudditi dei varii Stati cinesi, per dover ritenere che questi abbiano portato un contributo al diritto internazionale privato. La perfezione del diritto internazionale risulta, è vero, dal regolamento migliore dei rapporti nella più vasta società di Stati, ma quando un'epoca od un gruppo di paesi arriva ad un buon regolamento di rapporti anche negli angusti limiti di una ristretta società di Stati, ha già preparato uno strumento che altre epoche ed altre civiltà potranno applicare tal quale ad un campo più vasto.

Ed in questi limiti può affermarsi completa nell'antica Cina d'un lato la moderazione nella conquista (2) e nella schiavitù (3) e dall'altro, nei rapporti pacifici, la parificazione dello straniero al cittadino nell'esercizio dei diritti civili. L'imperatore Chang-Hi attesta che gli antichi non trattavano diversamente dai cittadini chi non fosse nativo del paese. I negozianti stranieri erano rispettati ed i capi dei varii Stati rivaleggiavano per attrarli nel loro territorio. Le scuole di ciascuno Stato erano frequentate da studenti di altri, risultandone probabile il riconoscimento in ciascun territorio dei gradi stranieri.

Gli stranieri distintisi nelle scuole d'un paese vi erano ammessi come i nazionali al servizio del principe. E tanto erano apprezzati i risultati d'una tale condotta, che il duca di Tchin, vedendo il proprio Stato meno progredito degli altri, proclamava la promessa di terre e di titoli nobiliari a chi, nazionale o straniero, gli fornisse il miglior sistema per far prosperare lo Stato. E quando, riuscito il suo intento, più tardi il popolo cominciò ad agitarsi domandando l'espulsione dei

(1) Pauthier, *Introduction des livres sacrés de l'Orient* ap. Müller Jochmus, *Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*. Leipzig, Keil, 1848, pag. 38, 9 e n. 12 e 16.

(2) Lo prova l'esempio del re Thâi-wang Than-fû (1325 a. C.). Questo principe, assalito nel suo Stato di Pin dalle tribù del nord, quando si vide inetto a resistere e seppe il nemico determinato alla conquista, si dispose ad emigrare ed esortò il suo popolo a rimanere. " Qual differenza corre, diceva quel re, fra l'essere miei sudditi e l'esser sudditi di questo popolo selvaggio? „ Dal che apparisce che alla conquista non seguiva nè lo sterminio nè l'asservimento del popolo conquistato. *The writings of Kwang-Zze*, lib. XXVIII, parte III, sez. VI, pag. 150, 1 dei *Texts of Taoism*, parte II; vol. XL dei *Sacred Books of the East*.

(3) È notevole un accenno alla schiavitù dove il concetto di perdita della proprietà da parte dello schiavo, prevale sul concetto di perdita dei diritti e delle qualità essenziali della persona. " Prendete il caso di uno schiavo maschio o femmina; hanno a nutrire insieme le pecore, ma perdono le loro pecore „. *Texts of Taoism*, parte I, 1891, pag. 273; vol. XXXIX dei *Sacred Books of the East*.

forestieri, il ministro straniero persuadeva il principe a non cedere, citandogli l'Hoango, fiume maestoso che deve la sua potenza agli affluenti. Questa risposta, conservata in uno dei più bei monumenti della letteratura, è imparata tuttodì a memoria dai letterati cinesi, i quali pertanto trovano in quel brano d'antica eloquenza non solo una lezione di politica e di morale, ma anche un adeguato commento dell'articolo terzo del nostro Codice (1).

19. — Ma se, dalla parificazione degli stranieri ai cittadini quanto al godimento dei diritti civili, si passa a considerare il modo di esercizio di quei diritti da parte loro, si trovano scarse occasioni a *conflitti di leggi* e, in quanto conflitto ci sia, assoluta prevalenza della territorialità. Le occasioni erano scarse perchè le leggi e le consuetudini dei varî Stati presentavano fra loro la più stretta analogia (2). L'assoluta prevalenza della legge territoriale, nei casi in cui quella dello straniero fosse diversa, risulta poi fuor d'ogni dubbio come una regola dell'antica società cinese. « Fuori del proprio paese, dice il Li-Ki, si devono seguire altre usanze » (3); ed altrove aggiunge con maggior precisione (4): « Varcato il confine ed entrati in un altro Stato, ci dobbiamo subito informare delle sue leggi; in paese straniero ci dobbiamo subito informare delle sue costumanze » (5). Anche nei riguardi della determinazione della sudditanza si manifestava in una certa misura questo predominio della legge territoriale. Non che vi si facesse derivare la naturalizzazione dal solo fatto dello stabilimento d'un suddito in altro Stato; ma si riteneva che la dimora di una famiglia per un periodo di tre generazioni in paese diverso da quello di origine importasse la perdita della sudditanza originaria (6).

Sicchè il sistema di diritto internazionale privato della Cina antica

(1) Martin, l. c., pag. 234 e Biot, l. c., pag. 29 e seg.
(2) Martin, l. c., pag. 232.
(3) Puini, *Il Li-Ki*, ediz. cit., pag. 6; I, 7.
(4) I, 202.
(5) Laddove le leggi possono riferirsi al solo diritto pubblico, ma le costumanze comprendono evidentemente anche il regolamento dei rapporti privati.
(6) *Li-Ki*, ediz. del Puini, l. c., pag. 46. — Cap. II, § 11: " Se tre generazioni, che abbiano lasciato lo Stato, continueranno ad avere titoli ed emolumenti dalla Corte, allora, a cagione delle non interrotte relazioni che si manterranno con esso Stato, quella gente ne conserverà gli usi e le costumanze... Ma se tre generazioni che abbiano lasciato lo Stato non continueranno ad avere nè titoli nè emolumenti dalla Corte, allora le relazioni con esso venendo a rompersi, solamente nel caso che il nuovo paese arrivi a giorni di grandezza e di prosperità potrà succedere alla vecchia tradizione uno statuto che la regga ".

si può, sia pure nei limiti d'una ristretta società di Stati, riassumere nei seguenti tre principii fondamentali: ammissione degli stranieri al godimento dei diritti civili; facilità di naturalizzazione; mutamento di nazionalità derivante *ipso jure* dalla espatriazione senza proposito di ritorno; e predominio della legge territoriale nel regolamento dell'attività giuridica dello straniero.

20. — Se è vero che nella espansione continentale dei Cinesi antichi poteva ravvisarsi qualche analogia di proporzioni colla espansione marittima dei Fenicii, ciò non toglie però che la esistenza dei due popoli presenti nel suo complesso, anzichè una serie di analogie, molta disparità. I Cinesi, numerosi fin dalle più remote enumerazioni pervenuteci, si muovevano in territorio vastissimo; i Fenicii abitavano un paese lungo appena 220 chilometri con una profondità massima di 15; i Cinesi non trascuravano mai nella loro espansione l'elemento accentratore e politico; i Fenici, per genio nazionale e più ancora per materiale impossibilità, rappresentavano nel loro diffondersi un molteplice individualismo di città legate fra loro soltanto dalla solidarietà economica e dalla tradizione religiosa; sicchè, mentre in Cina è dato trovare adombrato tutto un sistema di rapporti internazionali, la Fenicia non ci rappresenta che un fattore di avvicinamento nella vita internazionale dell'antichità.

Tale fu (1) la missione dei Fenicii che, molto tempo prima della guerra di Troia, caricavano le navi coi prodotti dell'Egitto e dell'Arabia e dell'Assiria (2) e già dodici secoli prima dell'êra volgare formavano colle loro fattorie una catena non interrotta di rapporti lungo tutte le coste del Mediterraneo e quelle del mar Rosso. Come esportatori di molti prodotti asiatici essi andavano sviluppando nel tempo stesso un grande commercio di terra ferma (3). E mentre la forza e l'astuzia contribuivano alla loro sicurezza nei rapporti marittimi, soltanto una serie di convenzioni potevano render sicure alle loro carovane le vie di terra. Così, in parte per le abitudini che diffondeva, in parte per le stipulazioni necessarie ad assicurargli la via, il commercio diventava, sia pure indirettamente, un fattore del rispetto del diritto nei rapporti fra stranieri.

(1) François Lenormant, *Les premières civilisations. Études d'histoire et d'archéologie*. Paris, Maisonneuve, 1874, vol. I, pag. 158.

(2) Erodoto, lib. I, § 1 e lib. III, § 107.

(3) Maspero, *Histoire ancienne des peuples de l'Orient*. Paris, Hachette, 1876, pag. 232-247.

Tiro per tal guisa diventava un vero emporio internazionale, il mercato delle nazioni (1); e mentre i suoi negozianti, eguali a principi (2), approdavano con sicurezza ad ogni piaggia lontana, i mercanti d'ogni paese venivano con pari sicurezza a trafficare nei porti della Fenicia (3).

I suoi commerci, la cui taccia di disonestà è una calunnia tramandata dall'invidia greca e romana (4), e la cui onestà è dimostrata dalla riputazione lungamente goduta dai prodotti fenicii (5), davano occasione a quel popolo di creare e di diffondere mezzi di scambio essenziali alla vita internazionale (6). I loro pesi e le loro misure erano stati generalmente adottati, realizzando, nella ristretta società di quel tempo, un'armonia nei mezzi di scambio non per anco raggiunta ai nostri giorni (7). E prima che i Greci, i Romani ed i Persiani avessero appreso l'uso dei metalli preziosi, i Fenicii aveano sostituiti questi al sistema degli scambi, diffondendo nei paesi ch'erano in rapporto con loro il tipo d'argento. Nè una vita economica così operosa e feconda, e pur tanto bisognosa di garanzie, poteva esser del tutto improduttiva di conseguenze giuridiche, sia nei riguardi delle città fenicie l'una rispetto all'altra, sia in quelli del trattamento degli stranieri.

Le città fenicie trovavansi fra loro in una certa intimità di rapporti, ma questi erano assai varii. Talora, come nel caso di Tripoli, governata da Tiro, Sidone ed Arado, era un vero rapporto collettivo di soggezione; tal'altra, come nelle relazioni fra Tiro e Cartagine, trattavasi di pura comunanza nel diritto sacro importante offerte agli Dei (8), e d'un sentimento di fratellanza che induceva Tiro a negare a Cambise l'alleanza contro Cartagine, e questa ad estendere a quella i vantaggi procuratisi mediante trattati (9); tal'altra infine, come nei rapporti di Cartagine con Utica, l'una città soggiaceva all'oppressione dell'altra (10).

(1) Isaia, XXIII, 3, 17.
(2) Isaia, XXIII, 8.
(3) Ezechiele, c. XXVI, XXVII, 12, 26 e 33, e XXVIII, 12-18.
(4) Erodoto, IV, 196.
(5) Rawlison, *Phoenicia*. London, Fisher Unwin, 1889, pag. 85, 6.
(6) Senofonte, *Economico*, cap. VIII, § 11, 12; descrizione della nave fenicia.
(7) Holtzendorf, *Introduction au droit des gens*. Hambourg 1889, pag. 163, 4.
(8) Diodoro, Lib. XIII, n. 108.
(9) Polibio, Lib. III, I, I.
(10) Appiano, Cap. *De bello punico*.

Ma se un certo legame religioso ed una certa disposizione alla alleanza si riscontravano nella maggior parte delle città fenicie; o mancano del tutto, o io li ignoro, dati che permettano di affermare esservi stati i sudditi dell'una trattati nell'altra come i cittadini. Si cita il passo di Tito Livio (1), dov' è detto che Annibale, riparato a Tiro, fu « exceptus a conditoribus Carthaginis, ut alia patria »; ma si cita a torto poichè non vi si parla che di onori quali si possono rendere ad ogni distinto personaggio; e Tito Livio soggiunge che Annibale si fermò a Tiro soltanto pochi giorni, navigando poi per Antiochia. E non può disconoscersi da un punto di vista generale che la parificazione del forestiero fenicio al cittadino sarebbe stata del tutto in contrasto coi concetti fondamentali delle antiche civiltà mediterranee e coll' individualismo stesso prevalente nelle loro colonizzazioni. Agli stranieri in genere era permesso dai Fenicii, sotto condizione di reciprocità, il soggiorno nei loro porti per commerciare, il che implicava la tutela delle persone e delle proprietà loro. E fra queste abbondavano gli schiavi dei quali i Fenicii facevano un largo commercio (2).

Hiram re di Tiro offriva e Davide accettava, materiali ed operai per la costruzione d'un palazzo a Gerusalemme; ed una convenzione analoga era stipulata con Salomone per la costruzione del tempio, implicando l'una e l'altra il soggiorno in un paese di liberi lavoratori stranieri, la cui sicurezza e le cui condizioni di compenso erano fissate e garantite dai rispettivi sovrani (3). Fra i due monarchi seguivano poi rapporti ancora più intimi; il porto posseduto da Salomone nel mar Rosso era aperto ai Fenicii; flotte comuni ai due paesi veleggiavano a scopo commerciale con equipaggio misto; e ne risultava nei riguardi dei due popoli una perfetta equiparazione nelle imprese commerciali dei sudditi agli stranieri (4).

È vero che non con tutti i Fenicii si conducevano così. Spietati contro la concorrenza, il loro commercio e quello dei Cartaginesi era spesso nei modi una guerra e nei fini un monopolio, sistema tanto più necessario come mezzo di offesa e di tutela, in tempi nei quali la

(1) Libro IV, c. XLIX.

(2) Ezechiele, c. XXVII, 13: " Quei di Javan, di Tubal e di Meser eran tuoi mercatanti; frequentavano i tuoi mercati con anime umane e con vasellamenti di rame ",

(3) *Cronache*, lib. I, c. 22, e lib. II, c. 2.

(4) *I Re*, libro I, capo IX.

pirateria (1) non aveva, nell'opinione comune, carattere d'infamia. Ma è importante constatare che la gente punica non fosse del tutto ripugnante dal far eccezioni a questo sistema nei rapporti con qualche popolo per quanto riguardava l'uso delle vie commerciali, e dal farvi eccezioni più larghe per quanto si riferiva agli scambi nelle loro città e nelle loro fattorie. Così il trattato di Cartagine con Roma, stipulato nel 509 avanti Cristo, cioè un anno dopo la cacciata dei re, esentava dai dazi doganali i mercanti romani che trafficavano in Sardegna ed in Africa (2); e assicurava loro l'integrità delle persone e delle proprietà nella Sicilia cartaginese. Un trattato posteriore (3) negava ai Romani, nonchè il diritto di stabilimento, anche quello di passaggio in Sardegna ed in Africa. In questi paesi essi non potevano sbarcare, ma soltanto approdare per rifornirsi di provvigioni, o per ripararvi il naviglio. In Sicilia ed a Cartagine continuava invece ad esser loro concesso d'esercitare il commercio. Anche cogli Etrurii avevano stipulato un trattato di commercio che enumerava i prodotti ammessi e quelli esclusi dall'importazione (4). I dazi erano forti, e dopo la loro riforma susseguita, per opera di Annibale, alla seconda guerra punica, il loro reddito permetteva allo Stato di rinunciare ad ogni altra tassa. Il che basta a provare quanto estesi ed importanti fossero i rapporti commerciali fra Cartagine e gli altri paesi.

Tutto ciò fornisce, è forza confessarlo, un ben magro risultato circa i concetti di diritto privato internazionale vigenti presso i Fenicii ed i Cartaginesi. Oltre ai trattati di commercio con altri Stati, ed al diritto di soggiornare e di commerciare concesso ai mercatanti stranieri, null'altro, sia insufficienza attuale di dati, o effettiva mancanza originaria di sviluppo giuridico, possiamo concludere di concreto. Così, come noi li conosciamo, i Fenicii ed i Cartaginesi ci appariscono un gran fattore della vita internazionale dell'antichità, ben più che un fattore notevole del diritto internazionale.

21. — Mentre la storia dei Fenicii è feconda di rapporti internazionali e quasi sterile nel campo del loro regolamento giuridico, quella degli antichi Ebrei, segregati nel loro piccolo paese e quasi sempre privi all'intorno d'espansione e d'influenza, apparisce invece tanto feconda di norme quanto scarsa di rapporti. Presso i Fenicii la scarsità

(1) Rawlison, *Phoenicia.* Ediz. cit., pag. 78, 81.
(2) Polibio, libro III, cap. 22 e 23, § 2 e 3.
(3) Alfred J. Church, *Carthage.* London, Fisher Unwin, pag. 15.
(4) Church, l. c., pag. 116-8.

delle regole fa contrasto colla frequenza dei rapporti esteriori; presso gli Ebrei alla scarsità di questi fa riscontro la copia delle norme regolatrici.

La distinzione della cittadinanza e della estraneità, che è condizione necessaria all'esistenza di un sistema di diritto internazionale privato, si sviluppò fin da principio fra gli Ebrei, sopra una base che agli altri Stati primitivi non fu dato di concepire. Poichè mentre presso di questi l'idea di cittadino suol essere inscindibile da quella di abitante del territorio (1), la legge mosaica riconosce in ogni ebreo un membro dello Stato, per ciò solo che l'origine lo avea fatto membro del popolo eletto (2). Da ciò il riconoscimento nella cittadinanza di un rapporto personale anzichè territoriale, che può sussistere, per effetto dell'origine, anche fra persone abitanti territorii diversi, e che non può essere creato fra persone di diversa origine dalla sola convivenza nel medesimo territorio. Quella regola fondamentale applicata ai nazionali faceva sì che l'ebreo stabilito in Fenicia e in Egitto non cessasse di essere ebreo; e che, per converso, lo straniero stabilito in Palestina non cessasse per ciò solo di essere straniero. Anzi, se altre cause non ne modificavano la condizione, la residenza continuata non bastava ad impedire che fossero stranieri anche i suoi discendenti (3). Condizione di cose codesta che, tendendo a perpetuare o per lo meno a conservare lungamente la condizione d'estraneità dei forestieri stabiliti nel paese, era sommamente propizia allo sviluppo d'un regolamento completo dei loro diritti.

Il diritto ebraico distingueva a tale riguardo tre maniere di stranieri. Il *Gher* era quello che aveva stabilito il permanente domicilio nel paese, e che secondo altre legislazioni sarebbe stato ormai ritenuto suddito dello Stato (4). Il *Thoschab* era invece quello che abitava il

(1) V. § 15, *Egitto*, pag. 18, 9.

(2) Mayer, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer* etc. in *Parallelen dargestellt*, vol. II; *Das Privatrecht*. Leipzig, Baumgärtner, 1866, pag. 68.

(3) " Et imprimis heic illud advertendum; numquam civitatis, regionis, terrae seu loci in quo quis esset natus, sed tantummodo primi auctoris generis e quo descenderet aut descendere existimaretur (juxta ea quae dicta sunt) rationem apud Ebraeos habitam, ut in se ipsis, ab aliis, ita in exteris et proselytis inter se invicem distinguendis; adeo ut Aegyptii etc.; idest qui a Mezraim..... descenderant seu descendere existimabantur, in Judaea..... nata proles, Aegyptiaca..... censeretur ". Seldeno, *De jure naturae et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*, Londinii, Bischopius, 1640, lib. V, capo XVI, pag. 627.

(4) V. pag. 18, 9; 28, 9.

paese transitoriamente, dimorando, ad esempio, come lavoratore presso un ebreo; finalmente *Nochri* dicevasi il forestiere di passaggio che veniva nel territorio per trattarvi i proprii affari (1).

Presso un popolo la cui vita religiosa preponderava in modo assoluto su quella politica e civile, i diritti dello straniero non potevano sottrarsi all'influenza della preoccupazione religiosa. La proibizione di culti diversi da quello dello Stato, toglieva di regola (2) anche al forestiere di passaggio ed al lavoratore residente la possibilità di celebrare i riti della propria fede. Per ottenere poi l'autorizzazione a stabilire il domicilio nel paese, per diventarvi un *gher*, questa condizione negativa di fatto non bastava; ma era necessaria o la conversione al giudaismo, o per lo meno la promessa di astenersi dall'idolatria e di osservare le regole di condotta ritenute obbligatorie per tutti gli uomini (3). Le disposizioni a favore degli stranieri riguardavano dunque particolarmente i convertiti, e quelli che, senza convertirsi, pur davano alla coscienza religiosa del paese garanzie equivalenti, considerata la diversità dei tempi e delle società, al rispetto dei principii di diritto e d'ordine pubblico imposto ai nostri giorni dovunque allo straniero.

Meno liberale nella redazione posteriore (4) del Levitico, più liberale in quella intermedia del Deuteronomio, il Pentateuco resta il primo Codice un po' esteso che abbia stabilito in favore dei deboli un sistema di garanzie a spese dei ricchi e dei forti. E fra quei deboli protetti dal legislatore non era mai dimenticato lo straniero. Sovente ricorre in varia forma l'affermazione generica d'eguaglianza del forestiere al cittadino, e la sua tutela è posta sotto la salvaguardia di Dio, « che ama il forestiere per dargli del pane e dei vestimenti », e che comanda perciò coll'esempio anche agli uomini di amarlo (5). È vero

(1) Mayer, l. c., pag. 68, 69.

(2) Non certo nei periodi di parziale trionfo anche fra gli Ebrei dell'idolatria.

(3) *Maimonide* ap. Seldeno, *De jure naturae et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*. Londinii, Bischopius, 1640, l. II, c. II, pag. 141 e 155, e Prefazione, pag. 3: Questi divieti (i quali del resto non risultano espressamente dal Pentateuco) riguardano l'idolatria, la bestemmia, l'omicidio, l'incesto, il furto, la mutilazione ed il rispetto alle magistrature.

(4) Renan, *Histoire du peuple d'Israël*, vol. III, pag. 227 e 420, 432, 3. Paris, Calmann-Levy, 1891.

(5) *Deuter.*, X, 17, 18, 19; *Esodo*, XXIII, 9: " E non oppressare il forestiere: perocchè voi sapete in quale stato è l'animo del forestiere, essendo stati forestieri nel paese d'Egitto ". *Esodo*, XXII, 21: " Non far violenza al forestiere e non opprimerlo; conciossiachè voi siete stati forestieri nel paese d'Egitto ".

che soltanto al *gher* ed al *thoschab* si applicava questo criterio di eguaglianza e che essi soltanto venivano designati come fratelli dell'israelita (1), ma pure altri testi provano che non era negata nemmeno al *nochri* la tutela del diritto. E questa derivava fuor d'ogni dubbio da una certa partecipazione al diritto sacro. Poichè non solo gli stranieri non convertiti, ma residenti, erano ammessi, quantunque in modo distinto dagli Ebrei, a sacrificare, ed a pregare nel tempio (2), ma anche allo straniero di passaggio (3) si concedeva d'entrarvi ammettendosi che vi potesse pregare validamente Iddio.

Nei rapporti privati era obbligo serbare la buona fede non meno verso il forestiere che verso il cittadino, ed eseguire scrupolosamente i patti stipulati (4). Una differenza notevole era ammessa bensì dalla legge circa gli effetti delle obbligazioni, concedendosi che il prestito di danaro fatto a stranieri importasse, a differenza di quello fatto ad indigeni, la prestazione degli interessi (5). Però il complesso delle disposizioni accenna a limitare questo svantaggio agli stranieri non domiciliati, assimilando i diritti civili dei domiciliati anche sotto tale rispetto a quelli degli indigeni (6). Lo straniero non avrebbe neppure potuto invocare la liberazione dai debiti nella ricorrenza dell'anno giubilare; ma poichè questo non fu mai praticato, è inutile ricercare se i suoi effetti potessero estendersi ai debiti degli stranieri domiciliati. Più pratiche erano le disposizioni circa i titoli del forestiere a fruire della beneficenza pubblica e privata. E in questa l'assimilazione sua all'indigeno era completa. Quanto alla beneficenza, la povertà era un titolo che accomunava nello stesso diritto cittadini e stranieri (7).

(1) *Levitico*, XIX, 33: “ E quando alcun forestiere dimorerà con voi nel vostro paese non gli fate alcun torto „.

(2) Seldeno, l. c., lib. III, cap. VI, pag. 296 e cap. VIII, pag. 307-9.

(3) Salomone inaugurando il tempio pregava infatti: “ Esaudisci anche il forestiere che non sarà del tuo popolo Israele e sarà venuto di lontan paese per cagion del tuo nome „. I, *Re*, VIII, 41.

(4) *Deuter.*, XXIV: “ 14. Non fraudare il mercenario povero e bisognoso, ch'egli sia dei tuoi fratelli o dei forestieri che saranno nel tuo paese dentro le tue porte; 15. Dàgli il suo premio al suo giorno e non tramonti il sole avanti che tu gliel'abbia dato; 17. Non pervertire le ragioni del forestiere „.

(5) *Deuter.*, XXIII, 20: “ Presta ad usura allo straniero, ma non al tuo fratello „.

(6) *Lev.*, XXV: “ 35. E quando il tuo fratello sarà impoverito porgigli la mano, forestiero od avveniticcio ch'egli sia; 36. Non prender da lui usura nè profitto „. *Levit.*, XX, 34: “ Siavi il forestiere che dimorerà con voi come uno di voi che sia natìo del paese; amalo come te stesso... „.

(7) *Levit.*, XIX, 10: “ E non racimolar la tua vigna; nè raccogliere i granelli; lasciali ai poveri ed ai forestieri „. *Deuter.*, XIV: “ 28. In capo d'ogni

A questi doveva rendersi ragione secondo giustizia, anche nei litigi che avessero avuto con Ebrei (1): il giudice che avesse oppresso il loro diritto era minacciato di maledizione (2): ed in tali ingiustizie si ravvisava talora la causa delle sventure nazionali.

Nel decidere dei litigi cui erano interessati stranieri veniva poi applicato di regola il diritto territoriale (3): ma si prescindeva da questo in alcune materie, specialmente dipendenti dalla religione, nelle quali si riconosceva l'impero della legge personale. I gentili in genere non erano, ad esempio, astretti all'osservanza del sabato (4), finchè non fossero passati al giudaismo. Sicchè convenzioni stipulate fra gentili, ed implicanti prestazioni di cose o di opere in giorno di sabato, erano valide fra loro anche secondo la legge ebraica, mentre sarebbero state nulle se stipulate fra Ebrei, o a profitto o a carico di un ebreo. Il divieto poi di bestemmiare i falsi Dei degli altri popoli era, in quanto si riferiva agli stranieri, qualunque fosse il motivo che lo ispirava (5), una applicazione di legge straniera (6). La prevalenza della legge territoriale in quelli che soglionsi chiamare conflitti di leggi, deve dunque intendersi nel senso che il diritto ebraico si applicava al regolamento di quei rapporti fra Ebrei e stranieri e fra stranieri che erano relativi agli attributi della persona, e rispetto ai quali il forestiere era dalla legge assimilato al cittadino (7).

terzo anno leva tutte le decime della tua entrata e riponile entro le tue porte; 29. E venga il levita ed il forestiere e l'orfano e la vedova che saranno dentro le tue porte e mangino e sieno saziati; acciocchè il Signore Iddio tuo ti benedica in ogni opera delle tue mani che tu farai „.

(1) Mayer, l. c., pag. 69.

(2) Ezechiele, XXII, 7: “ ..... si è usata storsione contro il forestiere in mezzo di te... „.

(3) Mayer, l. c., § 140, pag. 76.

(4) Seldeno, Op. cit., lib. III, cap. XII, pag. 344-8.

(5) Philonis Judaei, *Opera*, interprete Sigismundo Joanne Cristophorseno et Joanne Voeurgo, Lugduni 1561, *De Monarchia*, lib. I e *De vita Mosis*, lib. III. — Flavii Josephi, *Antiq. Jud.*, lib. IV, cap. VIII, § 10: Βλασφημείτω δὲ μηδεὶς θεοὺς, οὓς πόλεις ἄλλαι νομίζουσι. Μὴ συλᾶν ἱερὰ ξενικὰ, μηδ' ἂν ἐπωνομασμένον ᾖ τινι θεῷ κειμήλιον λαμβάνειν.

(6) Seldeno, Op. cit., lib. II, pag. 267.

(7) *Numeri*, XV: “ 14. E quando alcuno straniero che dimorerà appresso di voi... farà offerta da ardere di soave odore al Signore, faccia così come farete voi; 15. Siavi un medesimo statuto per voi e per lo forestiere che dimora con voi che siete della radunanza; sia questo uno statuto perpetuo per le vostre generazioni; davanti al Signore il forestiere sarà come voi; 16. Una medesima legge ed una medesima ragione sarà per voi e per lo straniero che dimora con voi „.

Più tardi, durante la cattività e dopo la dispersione, gli Ebrei ebbero occasione di sviluppare e di modificare questi principii, applicandoli anche ai rapporti di diritto sôrti in Stato diverso dall'ebraico fra Ebrei o fra Ebrei e stranieri. Il principio territoriale riapparisce in queste norme determinato e modificato per ciò che l'esecuzione delle obbligazioni, anche fra Ebrei, deve intendersi regolata secondo gli usi del luogo dove la stipulazione è avvenuta. Sicchè se un ebreo di Gerusalemme contraeva un'obbligazione in Babilonia, il pagamento doveva farsi secondo il corso vigente in quella città, anche se il debitore fosse tornato in Gerusalemme. Era dunque l'applicazione più completa della *lex loci contractus*.

Del resto la validità iniziale dei rapporti fra Ebrei restava sempre regolata in quel diritto post-biblico dalla loro legge personale. Ciò risulta dal fatto che anche dei rapporti fra stranieri doveva giudicarsi dall'arbitro ebreo secondo quella, fra la legge personale dello straniero e la legge ebraica, che fosse prescelta dalle parti contraenti. Lo stesso concetto poi che aveva ispirata la prevalenza della legge territoriale, finchè era esistito lo Stato ebraico, inspirava in quei periodi posteriori una regola di prevalenza del diritto ebraico, che in quelle condizioni era assai meno giustificabile, e presentavasi come singolarmente analoga al sistema delle capitolazioni vigente in Turchia ed al suo sviluppo abusivo. Ritenevasi infatti che nel decidere di rapporti fra un ebreo ed un non ebreo dovesse preferirsi la legge più favorevole al primo, salvo sempre però l'applicazione della legge patria a quegli stranieri (1) che seguissero i principii generali della morale e della religione (2), ai quali anche un arbitro ebreo era obbligato applicare il diritto delle genti (diritto dei discendenti di Noè). Accanto a questa pretesa, o, per dir meglio, a questi conati d'attribuire alla legge personale ebraica un'azione estraterritoriale, in due punti vi si faceva eccezione, riconoscendosi in tutto la territorialità dello statuto delle forme, ed in parte quella dei diritti reali. La prima risultava dalla norma che riconosceva la validità dei documenti redatti da magistrature non ebraiche o sottoscritti da contraenti stranieri. La seconda veniva formulata dal talmudista Samuele

(1) V. pag. 34, nota 3ª.

(2) Così si avevano due categorie di stranieri: quelli il cui diritto dava certe garanzie e che corrispondevano ai cittadini degli attuali Stati europei ed americani nei rapporti reciproci di diritto privato; e quelli che non presentavano simili garanzie ed erano considerati dagli Ebrei come ora son considerati dagli Europei gli Stati musulmani e quelli dell'estremo Oriente.

Jarchina nei rapporti col diritto territoriale persiano. « La legge territoriale, egli scriveva, è un diritto decisivo nei rapporti coi non israeliti. Perciò quando un ebreo avesse comperato un fondo da un persiano, che ne fosse stato in possesso per quarant'anni non interrotti, non avrebbe potuto rivendicarsi quel fondo da un altro israelita che originariamente ne fosse stato proprietario, perchè il persiano cedente ne aveva acquistata la proprietà mediante la prescrizione » (1).

Fa d'uopo non dimenticare però che la redazione di tutte queste regole è posteriore all'esistenza politica degli antichi Ebrei, nè è dato sapere qual parte se ne fosse elaborata antecedentemente nelle consuetudini, tanto più che, prima durante le dominazioni straniere e poi durante la dispersione, non pochi concetti s'erano insinuati dai diritti stranieri nelle consuetudini e nel diritto giudaico (2). Nel periodo biblico invece, ch'è quello importante al presente studio, non troviamo formulata con sicurezza se non che la territorialità della legge mosaica nello Stato ebraico, con qualche parziale ed eccezionale applicazione della legge personale dello straniero; e accanto a quella un certo concetto in parte etnico ed in parte religioso della nazionalità ebraica, in cui può ravvisarsi il germe delle norme del diritto internazionale privato sviluppatesi poi fra gli Ebrei nel contatto cogli altri paesi.

22. — Quel carattere fra l'etnico ed il religioso, che aveva la nazionalità ebraica, faceva sì che non potesse concepirsi la naturalizzazione senza la conversione, e che quella nel periodo biblico non importasse mai tutti gli effetti della piena o grande naturalizzazione del diritto moderno. Lo straniero non entrava a far parte dello Stato senza entrare nella radunanza del Signore, anzi, partecipando a questa, veniva ammesso in quello. Sicchè restavano esclusi da tale possibilità quegli stranieri, od evirati, o nati da adulterio o da incesto (*mamzer*), che, anche se fossero stati nazionali d'origine, sarebbero stati esclusi per effetto della loro imperfezione fisica o morale dalla radunanza del Signore (3). Per punirli delle passate inimicizie erano poi esclusi dalla radunanza del Signore e con questa dalla naturalizzazione gli Ammoniti, i Moabiti, gli Idumei, gli Egizi e i Gibeoniti (4). Questi ultimi

(1) Seldeno, Op., cit., lib. VII, cap. VIII, pag. 820-7 e Mayer, Op. cit., § 40, pag. 76, 7.

(2) Voigt, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, vol. II, *Das jus civile und jus gentium der Römer*, pag. 883, 4. Leipzig, Voigt und Günther, 1858.

(3) Il *mamzer* fino alla decima generazione. *Deuteronomio*, XXIII, 1, 2.

(4) T. Jebamoth, 78, b. *Mishna ap.*: Mayer, l. c., pag. 86.

ne erano esclusi in modo assoluto; degli altri, gli appartenenti ai due primi popoli fino alla decima, ed ai due altri fino alla terza generazione (1). Chi non apparteneva a tali categorie proscritte, poteva, mediante la circoncisione, entrare nella radunanza e diventare così naturalizzato, mentre la condizione dello straniero ammesso semplicemente a risiedere, sotto condizioni più vaghe d'indole religiosa, nel paese, equivaleva a quella che il recente diritto francese attribuiva allo straniero autorizzato dallo Stato a stabilire il domicilio nel territorio.

Effetti della naturalizzazione erano la rigenerazione spirituale, l'adozione politica, l'acquisto del nome di ebreo, la partecipazione al diritto giudaico, e la trasmissione della condizione acquisita ai proprii discendenti. L'abbandono dell'antica patria ritenevasi così completo da far perdere al naturalizzato (secondo l'opinione dei tempi talmudici) perfino le parentele gentili, e da indurre Filone ad affermare, che lo straniero adottante il giudaismo diventava eguale anche negli onori (ἰσότιμος) agli Ebrei d'origine (2). Non sempre però gli effetti della naturalizzazione furono, specialmente nel loro aspetto positivo, così pieni come Filone affermava. D'un lato li limitava l'inettitudine a certe magistrature (3), e la riserva che, per stranieri d'alcune nazionalità, rendeva la naturalizzazione null'altro che un mezzo per far acquistare la piena cittadinanza alla più o meno remota discendenza del naturalizzato. Dall'altro non poche diversità sussistevano fra il proselite e l'ebreo originario nel diritto matrimoniale. Coi naturalizzati di alcune origini era proibito agli indigeni in modo assoluto il matrimonio: altre origini importavano nel solo naturalizzato di sesso maschile l'incapacità di sposare un'ebrea; altre importavano l'una o l'altra incapacità soltanto durante alcune generazioni; altre infine non producevano simili effetti (4).

Tutte queste differenze vennero scomparendo nell'ultimo periodo della storia ebraica, rispetto al quale l'affermazione di Filone può rite-

(1) *Deuteron.*, XXIII, 3-9.

(2) Philonis, ediz. cit., *De Monarchia*: " Omnes autem aequo jure uti voluit tam advena quam indigena, veteres cives admonens ut hos novos non solum honorent, vero etiam eximia prosequantur benevolentia. Cum reliquerint patriam, cognatos, amicosque, pietatis ergo sanctitatisque non excluduntur ab aliis civitatibus, familiis, amicitiis, sed pateat receptacula hominibus ad religionem, veram transfugientibus cum aliis civibus propter abdicatam superstitionem ", e Seldeno, Op. cit., lib. II, cap. IV, pag. 159, 160, 2, 6, 7.

(3) Seldeno, lib. II, cap. IV, pag. 166-7.

(4) Seldeno, lib. V, cap. XIV, pag. 620 e *Deuter.*, VII, 1, 3.

nersi esatta e durante il quale la piccola naturalizzazione d'un tempo si trasforma in naturalizzazione completa. Allora, durante quell'attiva propaganda che fiorì da 150 anni prima a 200 anni dopo la nascita di Cristo, par certo che tanto per la naturalizzazione propriamente detta nella Giudea, quanto per quella che compievasi senza rapporto con una sovranità territoriale corrispondente nelle varie colonie giudaiche, nè alcun succedersi di generazioni fosse necessario per completare il mutamento di nazionalità, nè, questo avvenuto, alcuna differenza sussistesse fra ebreo e straniero circonciso (1). Sicchè si può dire che in quel periodo di tempo, due maniere di naturalizzazione si verificassero, entrambe complete: l'una che in Giudea, finchè vi durò un'ombra d'indipendenza, rendeva nazionale lo straniero che si circoncideva; l'altra che nel resto d'Europa rendeva straniero nel proprio paese l'indigeno che s'ascriveva fra i seguaci dell'antico testamento.

23. — Più che in altri rapporti, appariva grande la diversità di diritti fra cittadini e stranieri nella schiavitù. Questa era un'istituzione antica presso gli Ebrei (2), ma fra di loro la tratta era condannata (3) colle pene più severe; anzi la tratta indipendente dalla guerra, quale si sviluppò presso gli Egizi nell'antichità, e presso le nazioni d'occidente nell'età moderna, appariva talora condannata in termini generici anche nel caso che stranieri dovessero esserne le vittime (4). Questi potevano legittimamente ridursi in schiavitù per diritto di guerra in tutti quei casi in cui la legge non accoglieva la barbara costumanza di sterminare il nemico (5). Gli schiavi per tal guisa acquistati o com-

(1) Giuseppe Flavio, *De bello jud.*, lib. VII, cap. VII, § 3, dice, parlando degli Ebrei d'Antiochia: ··· ἀεὶ τε προσαγόμενοι ταῖς θρησκείαις πολὺ πλῆθος Ἑλλήνων, κἀκείνους τρόπῳ τινὶ μοῖραν αὐτῶν πεποίηντο e Dione Cassio, *Historiae Romanae*, lib. XXXVII, *Bell. Jud.*, 17, dice parlando del nome di Ebreo: φέρει δὲ καὶ ἐπὶ τοὺς ἄλλους ἀνθρώπους, ὅσοι τὰ νόμιμα αὐτῶν, καίπερ ἀλλοεθνεῖς ὄντες, ζηλοῦσι.

(2) *Genesi*, XII, 16: " Ed egli fece del bene ad Abramo per amor di lei; ed egli n'ebbe pecore e buoi, ed asini e *servi* e *serve* ed asine e cammelli ".

(3) *Deuter.*, XXIV, 7: " Quando si troverà alcuno che abbia rubato un uomo d'infra i suoi fratelli, figliuoli d'Israele, e ne abbia fatto traffico, e l'abbia venduto, muoia qual ladro e togli il male di mezzo a te ".

(4) *Esodo*, XXI, 16: " Parimenti chi avrà rubata una persona, o sia che l'abbia venduta o che gli sia trovata in possesso, del tutto sia fatto morire ".

(5) *Deuter.*, XX, 11: " E se la città nemica ti dà risposta di pace... tutto il popolo... siati tributario e soggetto; 12. E se non fa la pace teco... 13... Allora metti a fil di spada tutti i maschi; 14. Predati sol le femmine, i piccoli fanciulli ed il bestiame ".

perati (1), o ricevuti in dono, erano considerati parte dei beni del proprietario, ed i loro figli nascevano nella schiavitù. Gli Ebrei potevano diventare schiavi per condanna penale (2); per mancato pagamento di debiti (3), e per spontanea dedizione (4); ma la loro schiavitù era nella durata essenzialmente diversa da quella dei forestieri, non potendo sussistere (5) oltre il settimo anno (6) e cessando anche prima (7) se il proprietario moriva senza figli superstiti. Gli schiavi stranieri invece potevano liberarsi o dal magistrato per sevizie usate loro dal padrone, o per opera di un terzo che li riscattasse, o dal padrone stesso che li emancipasse, ma non potevano liberarsi per puro effetto della legge dalla schiavitù, che senza quelle cause di liberazione era perpetua e si trasmetteva alla prole.

E la stessa diversità appariva nel trattamento dello schiavo durante la servitù. Questa per l'ebreo era tale soltanto di nome, non solo quanto alla durata, ma anche quanto al modo del trattamento (8); mentre lo schiavo straniero, quantunque protetto dalla legge contro le sevizie del padrone (9), veniva considerato come una proprietà di questo, non era capace di acquistare alcuna cosa per sè (10), e poteva, quando non si fosse indotto alla conversione al giudaismo, esser venduto dal suo proprietario anche a gentili (11).

(1) *Levit.*, XXVI, 44: " Ma quant'è al tuo servo e alla tua serva che hanno ad esser tuoi in proprio, compera servi e serve d'infra le genti che saranno intorno a te „.

(2) *Esodo*, XX, 3: " Se il ladro non ha da soddisfare, sia venduto per lo suo furto „.

(3) Questa causa d'asservimento non era però legittima secondo la Bibbia. II, *Re*, IV, 1.

(4) *Levit.*, XXVI, 39.

(5) *Esodo*, XXI, 2: " Quando tu avrai comperato un servo ebreo, servati egli sei anni, ma al settimo anno vadasene franco senza pagar nulla „.

(6) Questa prescrizione non fu però sempre osservata. V. Geremia, XXXIV, 8-22.

(7) *Maim.*, II, § 12, apud Mayer, pag. 53. Una traccia di matriarcato si ha nella sorte dei figli nati allo schiavo ebreo da una schiava datagli in moglie dal padrone. Alla liberazione del padre quei figli non lo seguivano nella libertà, ma restavano nella condizione servile della madre. V. *Esodo*, XXI, 4.

(8) *Levit.*, XXVI: " 39... non adoperarlo in servitù da schiavo; 40. Stia appresso di te a guisa di mercenario e di avveniticcio; 41. E allora egli si partirà d'appresso te... e rientrerà nella possessione dei suoi padri; 42. Perciocchè essi sono miei servitori..., e però non sieno venduti nella maniera degli schiavi; 43. Non signoreggiarlo con asprezza... „.

(9) *Esodo*, XXI, 26, 7.

(10) T. Kiduschim, 23; b. ap. Mayer, pag. 47.

(11) Seldeno, Op. cit., lib. II, cap. III, pag. 52-4 e cap. V, pag. 171.

Pure, paragonata a ciò ch'era presso altri popoli dell'antichità, la schiavitù degli stessi stranieri poteva dirsi mite presso gli Ebrei (1); e nel comando divino di rifiutare l'estradizione dello schiavo riparato in Palestina da altro paese, era implicito il concetto che la legge di natura condanni senza eccezione la schiavitù (2). Tale condanna risulta poi ben più generale e più chiara dal libro di Giobbe, dove l'affermazione d'eguaglianza fra servi e padroni assume la forma di una specie di dichiarazione dei diritti dell'uomo (3). E a questa fa riscontro, sopratutto negli ultimi tempi della storia ebraica, quello stato d'opinione che induceva a considerare cittadini e stranieri come membri d'una stessa comunità di diritto, e faceva pensare alla terra come ad una grande città ed agli uomini come a cittadini del mondo (4).

24. — Certo le norme di diritto internazionale, formulate nella legge e praticate nella storia degli antichi Ebrei, presentano nel loro complesso una qualche stranezza e non poche contraddizioni. Mentre tanti altri popoli dell'antichità svilupparono in modo più completo un sistema di diritto nei loro rapporti coi popoli affini, gli Ebrei della Giudea sentirono sempre una ripulsione particolare per quelli di Samaria (5), e svilupparono il loro sistema di diritto internazionale senza passare attraverso lo stadio intermedio delle relazioni meglio regolate colle genti della stessa famiglia etnica.

I Samaritani, popolo misto e che aveva sovente ceduto all'idolatria, erano considerati dagli Ebrei con un sentimento simile a quello degli Indiani per l'uomo che abbia perduta la casta, e dei bianchi delle colonie per i discendenti di quelli congiuntisi coi selvaggi.

Le regole ch'è dato raccogliere nella storia degli Ebrei e nell'antico testamento presentano poi non poche contraddizioni. La proibi-

(1) Brunati, *Breve critica delle antiche legislazioni gentilesche e difesa della legislazione mosaica.* Torino, Marietti, 1824, pag. 35, 6.

(2) *Deut.*, XXIII: “ 15. Non dare il servo che sarà scappato a te d'appresso dal suo signore; 16. Dimori presso di te, nel mezzo di te, nel luogo ch'egli avrà scelto in qualunque delle tue città gli aggradirà; non fargli violenza „.

(3) Giobbe, XXXI: “ 13. Se io ho disdegnato di comparire in giudizio col mio servitore e colla mia servente quando hanno litigato meco; 14. E che farei io quando Iddio si leverà? E quando egli ne farà inchiesta, che gli risponderei? 15. Colui che mi ha fatto nel ventre non ha fatto ancora lui? Non è egli un medesimo che ci ha formati nella matrice? „. XXXIV, 19: “ Il possente ed il povero tutti sono opera delle sue mani „.

(4) Philonis, *De vita Mos.*, e De Joseph., *E.*

(5) S. Giovanni, IV, 9: “ Laonde la donna Samaritana gli disse: Come, essendo Giudeo, domandi tu da bere a me che son donna Samaritana? Conciossiachè i Giudei non usino coi Samaritani „.

zione dei matrimoni misti, assoluta in taluni luoghi (1), fa contrasto col favore in che furon tenuti quei matrimoni in varii tempi e sopratutto durante la monarchia; l'obbligo di passare determinati popoli a fil di spada (2), fa contrasto colla biblica sollecitudine per l'integrità personale dello schiavo, e colla sollecitudine profetica per il bene del genere umano; il divieto di vendere beni stabili allo straniero non può conciliarsi colla possibilità ammessa altrove che uno straniero residente nel paese potesse anche acquistare uno schiavo ebreo (3); l'attesa dei pieni diritti del cittadino imposta per parecchie generazioni alla famiglia dei naturalizzati (4), è condannata come ingiusta da Isaia quando assimila lo straniero convertito all'ebreo, senza parlare nemmeno dell'obbligo della circoncisione (5); e l'ispirazione dell'annunzio: « Io sono l'eterno vostro Dio, che vi ha separati dagli altri popoli perchè siate a me » (6), non sembra procedere dallo stesso nume, che chiamava Ciro *mio pastore* (7), e che annunciava al mondo la federazione umana.

Ma queste contraddizioni si spiegano colla storia ebraica. Questa apparisce, a chi considera il giudaismo dopo la dispersione, come un fenomeno immutabile; e invece essa fu, durante l'esistenza degli Ebrei come nazione, una delle esistenze nazionali più mutabili che la storia ricordi; mutabile nella costituzione politica, nell'assetto territoriale, nelle norme del governo, e nelle concezioni filosofiche. Niente di più naturale dunque che diversi modi di considerare gli stranieri ed i loro diritti corrispondano alle varie fasi di quella sempre incerta ed oscillante esistenza di Stato. Nel primo periodo della esistenza degli Ebrei in Palestina e nell'epoca susseguente al ritorno da Babilonia, prevale la tendenza all'isolamento del popolo ed all'avvilimento dello straniero: allora si ha il comando di distruggere gli aborigeni, e di opprimere i popoli circostanti e quel concetto del popolo eletto che è per se stesso ripugnante ad uno sviluppo (8) regolare di relazioni

(1) *Genesi*, XXXIV, 14; *Deuter.*, VII, 3; Ezdra, cap. IX, X; Neemia, cap. X, 30.
(2) *Deut.*, VII, 2, 16, 24.
(3) *Levit.*, XXVI, 47.
(4) V. pag. 38, 9.
(5) Isaia, XLVI, 11; LVI, 8; LXVI, 2, 4, 18-22.
(6) *Levit.*, XX, 24, 26.
(7) Isaia, XLIV, 28.
(8) Gustave Le Bon, *Les premières civilisations*. Paris, Marpon et Flammarion, 1889, pag. 644-659.

internazionali. Nel periodo eroico dell'epoca regia i rapporti cogli altri popoli si concepiscono più largamente come sempre avviene presso le genti che tendono ad estendere la propria influenza e non temono più quella dei vicini. Allora si hanno i rapporti intimi colla Fenicia, e quando Salomone fa il censimento trova 153600 stranieri abitanti nel suo territorio (1); allora straniere sono assunte al talamo reale, stranieri partecipano al diritto sacro degli Ebrei, e popoli un tempo messi al bando vengono considerati talora come alleati (2). E questa tendenza, sopita del tutto nell'assetto politico e sociale immediatamente successivo alla servitù, ridivenne preponderante nella dottrina durante il periodo dei profeti e nella pratica durante quello dell'influenza ellenica (3), quando i primi proclamavano una religione pura che nulla conservava più di nazionale, e gli Ebrei ellenisti sposavano al classicismo ed alla filosofia platonica l'avita fede monoteista.

Dopo i primi tempi del cristianesimo si produsse quella grande reazione talmudica che diede al giudaismo il carattere sotto il quale fu poi praticato dagli Ebrei e conosciuto dai non ebrei (4). Quella reazione che si ricollegava collo stato d'opinione imperante prima della monarchia e dopo la schiavitù di Babilonia, sviluppava e commentava pertanto in senso restrittivo le norme formulate dalla legge o dalla tradizione anteriore. Solo chi non tiene presente il succedersi di queste fasi, che sono diverse l'una dall'altra quasi quanto la vita spirituale di diverse nazioni, può dire che nella Bibbia e nelle altre

(1) II, *Cron.*, II, 17.
(2) I, *Re*, XX, 30-35.
(3) S. Augustini, *De civitate Dei*, lib. XVIII, cap. XLVII: “ An ante tempora Christiana aliqui fuerint extra Israeliticum genus qui ad coelestis civitatis consortium pertinerent „: “ Nec ipsos Judaeos existimo audere contendere neminem pertinuisse ad Deum praeter Israelitas, ex quo propago “ Israel esse coepit reprobato ejus fratre majore...; homines autem quosdam “ non terrena, sed coelesti societate ad veros Israelitas supernae cives “ patriae pertinentes etiam in aliis gentibus fuisse negare non possunt: quia “ si negant, facillime convincuntur de sancto et mirabili viro Job qui nec “ indigena nec proselytus, idest advena populi Israel fuit, sed ex gente Idu- “ maea... etiam per alias gentes esse potuisse qui secundum Deum vixe- “ runt eique placuerunt pertinentes ad spiritualem Jerusalem „. — Taylor, *Judaism*, nelle *Faiths of the world*, ediz. cit., pag. 354: “ L'effetto delle profezie fu il mutarsi della base del patto. La promessa teneva con un popolo spirituale, e non più con una razza privilegiata..... ed esisteva pertanto la base per una religione universale e spirituale, in cui la nazionalità non conferisce privilegi „.
(4) Renan, *Histoire* cit., vol. II, pag. 536-542 e vol. III, pag. 226-238.

leggi religiose si trovano passi in appoggio delle dottrine più contraddittorie. Chi segua invece e distingua quel vario alternarsi di modi di essere e di pensare diversi, può comprendere il valore della storia ebraica in rapporto col diritto internazionale. Il significato se ne può riassumere dicendola improntata sopratutto dalla preoccupazione etnica e religiosa; più equa delle altre vicine civiltà orientali, anche durante i suoi periodi più rigidi, nel regolare certi supremi diritti dello straniero, e preannunziatrice nel suo misticismo profetico e nel periodo ellenista della sua espansione, di quell'idea democratica e cosmopolita (1) che informa nella nostra età, come le più ardite aspirazioni economiche (2), così le concezioni più alte del diritto internazionale (3).

(1) Filone, *De Cherubin*, ediz. cit., mette in bocca a Dio queste parole: Ἐμὴ πᾶσα ἐστιν ἡ γῆ, ἴσον ὡς τὸ γεννητὸν ἅπαν ἐμόν. ὑμεῖς δὲ προσήλυτοι καὶ παροίκοι ἐναντίον ἐμοῦ. πρὸς μὲν γὰρ ἀλλήλοις οἱ γενόμενοι πάντες, αὐτοχθόνων καὶ εὐπατριδῶν ἔχουσι λόγον, πάντες ἰσοτιμίαν καὶ ἰσοτελίαν καρπούμενοι. — e *De Charitate*, pag. 701, *d*: τα μὲν οὖν δείγματα τῆς τοῦ νομοθέτου φιλανθρωπίας... τὸ γὰρ ἐπιεικὲς καὶ ἥμερον οὐκ ἐν ταῖς πρὸς ἀνθρώποις αὐτῶν μόνον ἵδρυται κοινωνίας ἀλλ' ἐπιδαψιλευόμενος ἂν ἔχει πλοισίως αὐτὸ, καὶ τείνι πρὸς γε τὰς τῶν ἀλόγων ξώων φύσεις καὶ πρὸς τὰς τῶν ἡμέρων ἰδέας δένδρων.

(2) Anatole Leroy-Beaulieu, *Les Juifs et l'Antisémitisme: Revue des Deux-Mondes*, 1° maggio 1891, pag. 177 e 187-198.

(3) Philonis, *De vita Mosis*, edizione parig., 1640, pag. 656, 7 e *De Charitate*, pag. 705 *a*, *b*... καὶ τοὺς ἐπήλυδας οἴεται δεῖν προνομίας πάσης ἀξιοῦσθαι... τὴν ἀπὸ μυθικὴν πλασμάτων πρὸς τὴν τῆς ἀληθείας ἐναργίαν, καί το σεβασμόν τοῦ ἑνὸς καὶ ὄντος ὄντως Θεοῦ. κελεύει δὴ τοῖς ἀπὸ τοῦ ἔθνους ἀγαπᾶν τοὺς ἐπήλυδας, μὴ μόνον ὡς φίλους καὶ συγγενεῖς, ἀλλὰ καὶ ὡς ἑαυτοὺς, καὶ τό τε σῶμα καὶ ψυχὴν ὡς οἷον τε κοινοπραγοῦντας.

CAPITOLO QUARTO

LA GRECIA

25. Germi del diritto internazionale privato apparsi fra i popoli dell'antichità. — 26. Nesso della Grecia col mondo moderno: rapporti dell'antica Grecia cogli stranieri; varietà in ordine di tempo e in ordine di luogo. — 27. Ammissione dello straniero alla residenza transitoria; sistemi diversi d'Atene e di Sparta; ospitalità. — 28. Gli stranieri ammessi al domicilio; loro stato personale di fronte alla legge. — 29. Le classi inferiori della popolazione d'Atene e la loro condizione giuridica. — 30. Le classi inferiori della popolazione di Sparta. — 31. Gli schiavi; rapporto fra l'estraneità e la schiavitù; loro condizione. — 32. Condizioni ed effetti dell'emancipazione. — 33. La cittadinanza originaria ed acquisita a Sparta. — 34. La cittadinanza originaria ed acquisita in Atene. — 35. Lo straniero e l'amministrazione della giustizia; giurisdizione esclusiva e facoltativa. — 36. Ostacoli d'ordine pubblico alla giurisdizione ateniese e regole di competenza. — 37. Lo straniero e l'applicazione della legge; territorialità ed eccezioni convenzionali in favore della legge personale. — 38. Greci e Barbari: in che fosse e finchè durasse diversa la loro condizione nel diritto internazionale praticato dalle città elleniche. — 39. Valore della Grecia nello sviluppo del diritto internazionale privato.

25. — Dai brevi cenni fatti sinora della storia d'Oriente in relazione col diritto internazionale privato, apparisce chiaramente non esser vero ch'esso abbia avuto la prima origine nelle moderne società dell'Europa occidentale. Questa, a differenza delle altre regioni, ebbe, a partire dall'antichità, maggior continuità di vita che le permise di sviluppare quei germi nella produzione dei quali altri paesi l'avevano preceduta; ed a cominciare dall'età moderna, la preponderanza di forza militare e di energia intellettuale le permise di estendere al resto del mondo il suo sistema di rapporti internazionali. Ma, se l'Europa d'occidente è diversa dalle altre grandi regioni storiche in quanto riguarda lo sviluppo del diritto internazionale privato; non può dirsi che se ne distingua per averlo creato fin dalle origini sue. Altri paesi avevano formato, ancor nell'antico Oriente, un sistema di diritto internazionale, o fra loro frazionandosi, o entrando in intimi rapporti coi vicini per virtù d'attrazione. Ciò che venne loro meno fu la vita e la durata necessarie ad allargare quel sistema. Il concetto di società internazionale in cui tutti gli Stati che vi partecipano sieno autonomi e in cui pure tutti si uniscano come membri di

una stesssa famiglia, e l'altro concetto, che ne deriva, di applicazione estraterritoriale della legge civile, non possono conseguirsi se non che in una condizione progredita dell'organismo di Stato e dei suoi rapporti, atta ad inspirare in chi li studia una certa facoltà d'astrazione. A questo stadio di sviluppo positivo ed intellettuale, varie società antiche s'avviavano quando la loro carriera storica s'estinse. O, assorbite da altre società più giovani e barbare, l'opera da loro iniziata andava perduta; o minacciate, come la Cina, si ritiravano segregandosi dai rapporti esteriori; o soccombendo trasmettevano in conquistatori, capaci di conservarlo e svilupparlo più tardi, il patrimonio dei loro concetti superiori di diritto pubblico.

L'Europa âria e cristiana ebbe sola una così lunga e continuata esistenza da poter sviluppare in sè di stadio in stadio un sistema di diritto internazionale privato, e così preponderante energia materiale e morale da poter estenderlo ed imporlo, insieme colla propria civiltà, alle altre parti del mondo; ma nei primi stadii di quello sviluppo e in parte anche nel concetto informatore degli stadii successivi, essa si ricollega a tempi e luoghi remoti, con nesso non dissimile da quelli che presenta la storia dell'architettura e quella dell'epopea.

Le fasi logiche infatti che gli Stati attraversano nel concepire un sistema di diritto internazionale privato, si possono distinguere nel seguente modo. Anzitutto il misconoscimento d'ogni titolo alla tutela giuridica da parte dello straniero, e la varia graduazione d'eccezioni convenzionali consentite in favore dei sudditi di paesi determinati. A questo concetto negativo succede, diventando regola quell'eccezione originariamente convenzionale, il riconoscimento d'una certa somma di diritti civili agli stranieri, accompagnato col regolamento di quei diritti e della capacità ad esercitarli, secondo la legge territoriale. Tale accennava ad essere presso i popoli orientali e tale fu nel bacino del Mediterraneo lo sviluppo dei concetti circa la condizione giuridica dello straniero. Poi si giunge ad applicare agli stranieri un diritto civile diverso da quello vigente sui cittadini; ma quel diritto risulta da una specie di sintesi delle leggi civili particolari del mondo conosciuto, adottata e applicata come legge speciale dello Stato. Tale principio informò il *jus gentium* dei Romani, e prima aveva informato presso gli Ebrei il *diritto comune ai discendenti di Noè*. Il quarto stadio è contrassegnato dall'applicazione sempre più larga fatta allo straniero ed ai suoi rapporti giuridici della legge personale dello straniero stesso, ad esclusione di quella territoriale. Questo

sistema ci si presenta già come rara eccezione nell'antico Oriente, ad esempio nelle fattorie straniere ammesse allo stabilimento in Egitto; si sviluppa come un'eccezione convenzionale sempre più frequente nell'antica Grecia; e tende nella società moderna a diventare la regola cardinale del diritto internazionale privato.

26. — L'antica Grecia è dunque un fattore importante nella storia del diritto internazionale privato. E lo è tanto più perchè la molteplice trasfusione della vita intellettuale e spirituale greca nelle società romana e cristiana, fa sì che a quella si colleghi senza vera soluzione di continuità la civiltà contemporanea. Parlando però dell'antica Grecia è ancor più necessario che parlando degli antichi Ebrei il non generalizzare di troppo, ma tener presenti le molte distinzioni di tempo e di luogo, che la storia di quel paese presenta. Il carattere d'aggregazione poco compatta di comunità autonome agenti e reagenti liberamente fra loro, persiste nei suoi tratti generali in Grecia fino al regno macedone, ma con ben minore coesione ed omogeneità prima che i culti nazionali e i nazionali pericoli (1) facessero convergere quelle parti disgregate verso un centro comune (2), e di quelle costituissero una società internazionale (3).

E come il concetto dei rapporti fra gli Stati, così oscilla nelle varie epoche quello del trattamento dello straniero. Nella società Omerica (4), come in tutte le società primitive che non hanno bene sviluppato ancora il concetto dei vincoli nazionali, lo straniero privo di patria viene accolto colla massima facilità nella società domestica e ben presto vi si assimila. Quelle stesse ragioni che inducono i paesi giovani e spopolati anche ai nostri giorni ad accogliere con facilità gli stranieri, e che vi rendono del tutto tenui le condizioni della naturalizzazione, rendevano così facile nell'età eroica della Grecia non solo l'ammissione ma anche l'adozione dello straniero. E questo, anche quando non avesse voluto stabilirsi nel paese, ma vi fosse stato soltanto di passaggio, poteva fruire facilmente (5) dell'ospitalità quando non avesse

(1) Barbeyrac, *Histoire des anciens traités*, I partie. Amsterdam, Janssons, 1739, pag. 22, 3. Trattato fra gli Jonii dell'Asia Minore per lo stabilimento di un consiglio comune, anno 1044 a. C.

(2) Erodoto, VIII, 144.

(3) Curtius, *Storia greca*, traduz. Müller, ediz. Loescher, volume I, pag. 526. *Sugli uffizii del santuario di Delfo.*

(4) Curtius, vol. I, pag. 131, 132.

(5) Beloch, *Storia Greca*, parte I, *Grecia antichissima*. Roma, Pasanisi 1891, pag. 119, 120.

attualmente appartenuto ai nemici dello Stato, secondo la sentenza omerica che: stranieri e poveri sono mandati da Dio. — In Omero infatti si cercherebbero invano le prove che lo straniero, solo perchè tale, venisse considerato come nemico (1). Le mutue relazioni di ospitalità non erano necessarie per sottrarre lo straniero da ogni pericolo; ma quando una volta erano contratte si rispettavano in ogni occasione, tanto che trovandosi due ospiti sul campo di battaglia, evitavano fra loro il combattimento. Quantunque non scritto, quel diritto era inviolabile e stava sotto la protezione di Giove ξένιος, il difensore degli estranei (2), così da servire di presidio talora validissimo alla sicurezza dello straniero e da punire esemplarmente lo straniero che violava l'ospitalità (3).

E il Grote afferma a tale proposito (4) che la premura generosa d'accordare l'ospitalità allo straniero che la domanda, la facilità che questo incontra a contrarre vincoli d'ospitalità col suo ospite, e la durata di questo vincolo, che si trasmette anche di padre in figlio, sono tratti caratteristici della società eroica (5). In processo di tempo anche in Grecia, come in tutte le società passate dallo stadio primitivo al perfezionato organismo politico, questa facile ospitalità venne a modificarsi, od a cessare del tutto. Quest'ultimo era il caso di Sparta nella sua condotta come Stato verso gli stranieri in genere. Non è però da intendersi che vi scomparissero anche i vincoli di ospitalità privata, che anzi vi perduravano e continuavano a trasmettersi nelle famiglie di generazione in generazione (6). Atene si mantenne più fedele all'antico concetto ospitale e, ritenendo sempre l'esclusione degli stranieri contraria al diritto delle genti (7), finì per trasferire il concetto dell'ospitalità dall'individuo allo Stato. Lasciò pertanto aperti

(1) Schömann, *Antichità greche*, traduz. Pichler. Firenze, Le Monnier, 1877, vol. I, pag. 308.

(2) Schömann, l. c., pag. 307-310.

(3) Tamassia, *Le nozze in Omero*. Bologna, Fava e Garagnani, 1893, pag. 17, 8.

(4) Grote, *Histoire grecque*, traduz. franc. Paris, Lacroix, 1865, vol. II, pag. 322.

(5) Jac. Philippi Tomasini, *De Tesseris hospitalitatis*. Amstelodamii Frisii, 1670, cap. XXIII, pag. 159-164.

(6) Tucidide, lib. VIII, cap. VI, 4: " ξυνέπρασσε γὰρ αὐτοῖς καὶ Ἀλκιβιάδης, Ἐνδίῳ ἐφορεύοντι πατρικὸς ἐς τὰ μάλιστα ξένος ὤν, ὅθεν καὶ τοὔνομα Λακωνικὸν ἡ οἰκία αὐτῶν κατὰ τὴν ξενίαν ἔσχεν ".

(7) Ἀγορᾶς καὶ λιμένων εἴργεσθαι καὶ ἀπελαύνεσθαι, παρὰ τὰ κοινὰ δίκαιά ἐστι. Plutarco, *Pericle*, 29.

i suoi confini agli stranieri, pur accordando la completa protezione della legge soltanto ai sudditi di città vincolate da trattati con Atene (1). Sicchè si potrebbe dire con una certa approssimazione di verità che la coscienza greca, dopo essersi mostrata nel periodo eroico assai suscettibile di sentimenti favorevoli agli stranieri, subisce a tale riguardo nel periodo più glorioso della storia ellenica, in diversa misura nei varii Stati, una certa reazione, finchè l'influenza politica dell'espansione macedone e quella morale della filosofia non la ricondusse a quei più larghi e ad un tempo concreti concetti di fratellanza umana, cui ispiravasi Alessandro quando sognava di fondere insieme le popolazioni dell'Europa con quelle dell'Asia.

Tale generalizzazione però, come tutte quelle relative alla Grecia, non può ritenersi se non in modo molto vago conforme alla verità. Poichè, non meno che in ordine di tempo, v'appariscono in ordine di luogo le maggiori disformità di concetti anche nel considerare gli stranieri. Le colonie ed il commercio infatti diedero non solo un grande impulso al movimento intellettuale della Grecia (2), ma informarono anche sopratutto la varietà di grado della sua domestichezza cogli stranieri. L'autonomia delle colonie, combinata colla fratellanza di queste fra loro e colla comune metropoli, abituò per tempo molte città della Grecia ad estendere a certe categorie di stranieri, indipendentemente da pubbliche o private stipulazioni di ospitalità, la protezione della legge civile (3). Nelle colonie lontane poi, molto più che in quelle prossime al centro della vita ellenica, la popolazione greca, mescolandosi cogli indigeni d'altra schiatta, presso ad Olbia cogli Sciti, presso Cirene coi Libii, in Sicilia coi Sikeli e coi Sicani, cogli Illirii lungo la costa occidentale Adriatica, coi Carii nel sud dell'Asia Minore (4), vi resero gli abitanti Ellenici più accessibili all'idea di una comunanza di diritto con uomini stranieri nel senso della razza, oltrechè

(1) Aristotele, *Polit.*, VII, 2.

(2) Draper, *Histoire du développement intellectuel de l'Europe*. Paris, Marpon et Flammarion, 1887, vol. I, pag. 180, 4, 5, 189, 190, e Grote, vol. I, pag. 553.

(3) Tucidide, I, 34: Οἱ ἀποίκοι οὐκ ἐπὶ τῷ δοῦλοι ἀλλ'ἐπὶ τῷ ὁμοίοι τοῖς λειπομένοις εἶναι ἐκπέμπονται. Lib. I, 25: Μὴ παραμελεῖν τῶν οἰκιστῶν τοὺς ἀποίκους, ἐν δὲ πανηγύρεσι ταῖς κοιναῖς διδόναι γέρα τὰ νομιζόμενα καὶ ἀνδρὶ τῶν οἰκιστῶν προκατάρχεσθαι τῶν ἱερῶν e Schol. in Aristoph., *Nub.*, 386: Ἐν τοῖς Παναθηναίοις πᾶσαι αἱ ὑπὸ τῶν Ἀθηναίων ἀποικισθεῖσαι πόλεις βοῦν τυθησόμενον πέμπουσι. V. Tellfy, *Corp. jur. att.*, 1302, 3, 4.

(4) Grote, Opera citata, vol. I, pag. 41 e 449, 450; vol. IV, pag. 315; vol. V, pag. 92, 122 e 195, 6, 8: e Freemann, *Greater Greece and Greater Britain*. London, Macmillan, 1886, pag. 13, 17 e 42.

in quello della sudditanza politica. Nel continente greco gli Jonii, che v'erano immigrati per mare, erano assai più disposti ai contatti coi forestieri, che non i Dorii, venuti per via di terra alle loro sedi, e conservatisi più rozzi, più chiusi e più teneri del vecchio (1). Nella vita delle colonie questa differenza fra Dorii e Jonii, che manifestavasi in ogni tratto del loro costume (2), era, per quanto riguardava i rapporti collo straniero, molto attenuata; ma nella Grecia propriamente detta lo sviluppo del diritto pubblico nei riguardi degli stranieri, corrisponde, sopratutto nei ricordi che ce ne rimangono, a due tipi: quello di Sparta e quello di Atene.

Nella prima città la preoccupazione della incolumità dello Stato e della purezza dei suoi costumi (3) indusse il legislatore (4), non già a porre lo straniero del tutto fuori della legge, ma a tenerlo più che fosse possibile lontano dal territorio. Diverse furono le tendenze e le leggi di Atene. Quello stesso spirito intraprendente ed espansivo (5) che aveva reso la razza jonica, così in Asia come in Europa, tanto dedita al commercio cogli altri popoli, e che aveva prodotto ben presto (6) fra gli abitanti dell'Attica quell'assimilazione e quella omogeneità che veniva attribuita a Teseo e celebrata ogni anno nella festa della metecia (7), fece diventare Atene una delle città più ospitali dell'antichità (8). Tutto contribuiva ad ottener questo risultato: così l'indole degli abitanti come la configurazione del paese, che pareva a

(1) Bonghi, *La storia antica in Oriente ed in Grecia*, Milano, Treves, 1879, pag. 215, 216 e Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 1 e segg.

(2) L'Ateniese in Platone, Leggi, I, 40: τὴν πόλιν ἅπαντες ἡμῶν Ἕλληνες ὑπολαμβάνουσιν ὡς φιλόλογός τέ ἐστι καὶ πολυλόγος, Λακεδαίμονα δὲ καὶ Κρήτην, τὴν μὲν βραχυλόγον, τὴν δὲ πολύνοιαν μᾶλλον ἢ πολυλογίαν ἀσκοῦσαν.

(3) Plutarco, *Instit. Lacon.*, 20: Καὶ ξενηλασίας δὲ εἰσηγήσατο, ὅπως οἱ παρεισρέοντες μὴ διδάσκαλοι κακοῦ τινος τοῖς πολίταις ὑπάρχωσι.

(4) Sulla non esistenza di questa legge prima di Licurgo, v. la Memoria del De la Nauze (a. 1734) nel vol. XII dell'*Histoire de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres*. Paris, Imprimerie Royale, 1740, pag. 159-177.

(5) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 111.

(6) Arist., Ἀθηναίων πολιτεία, col. I, cap. II. — Tamassia, *Antichità storico-giuridiche della " Costituzione degli Ateniesi "* nell'*Archivio giuridico*, vol. XLVIII, fasc. 4, 5 (1892), pag. 292.

(7) Plutarco, *Teseo*, XXIV, 5. Per celebrare l'unione dei cultori dell'Attica in una stessa città ritenevasi istituita da lui quella festa. Ἔθυσε δὲ καὶ Μετοίκια τῇ ἕκτῃ ἐπὶ δέκα τοῦ Ἑκατομβαιῶνος ἣν ἔτι νῦν θύουσι.

(8) Pericle, nell'ἐπιτάφιος λόγος, in Tucidide, lib. II, cap. 39, 1: Τήν τε γὰρ πόλιν κοινὴν παρέχομεν, καὶ οὐκ ἔστιν ὅτε ξενηλασίαις ἀπείργομεν τινα ἢ μαθήματος ἢ θεάματος, ὃ μὴ κρυφθὲν ἄν, τὶς τῶν πολεμίων ἰδὼν ὠφεληθείη, πιστεύοντες οὐ ταῖς παρασκευαῖς τὸ πλέον καὶ ἀπάταις, ἢ τῷ ἀφ' ἡμῶν αὐτῶν ἐς τὰ ἔργα εὐψύχῳ.

Senofonte privilegiato fra tutte le regioni sorelle sia quanto al clima, sia quanto alla opportunità delle comunicazioni ed all'abbondanza di approdi comodi e sicuri. Questo quadro dell'Attica apparisce nelle pagine di Senofonte animato dalle triremi e dalle navi da carico, che arrivavano e partivano, e brulicanti i porti ed i mercati di trafficanti greci e barbari (1), che sicuramente vi transitavano e vi dimoravano. Sicchè se è vero che tutti gli antichi Greci ebbero fra buoni, mediocri e pessimi, molti usi internazionali (2), in Atene sopratutto si riscontrano gli elementi di un sistema di diritto internazionale privato.

27. — In Atene vigeva bensì, come in tutte le altre città greche e fenicie, il concetto, che faceva dipendere la durata della cittadinanza dal domicilio nel territorio dello Stato, ma non già quello che legava indissolubilmente il cittadino al territorio. L'Ateniese era libero di emigrare (3); e talora lo Stato stesso iniziava ed aiutava l'emigrazione dei poveri sia nelle terre conquistate (4), sia in quelle appartenenti a colonie ed a città libere ed amiche (5). Con non minore larghezza Atene concedeva nel proprio territorio ospitalità agli stranieri, che vi ravvivavano il commercio, v'importavano industrie di ogni genere, vi lavoravano le miniere (6), e nella gara cogli indigeni rendevano la città prospera e progredita (7), e le conferivano un certo carattere internazionale (8). Mentre l'ammissione degli stranieri nel territorio era d'ordinario subordinata altrove ad una autorizzazione, questa non era richiesta nel diritto pubblico di Atene (9) cui Pericle

(1) Senofonte, *Rep. At.*, II e *Economico*, cap. VIII, 11-15.

(2) *Journal of Jurisprudence and Scottish Law Magazine.* Edimburgh, Clark. Luglio 1875, pag. 350-367.

(3) Τῷ Ἀθηναίων τῷ βουλομένῳ ἐξεῖναι λαβόντα τὰ αὑτοῦ ἀπιέναι ὅποι ἂν βούληται. Plat., *Crit.*, 51, D.

(4) Vedi in Tucidide, III, 50, la divisione dei campi dei Lesbii nel trentesimo anno della guerra del Peloponneso.

(5) *Corpus juris attici*, 988 (*Libanii Argum.* in Demosth., *De Chers.*, 88): Ὅσοι πένητες ὦσι καὶ ἀκτήμονες οἴκοι, τούτους πέμπειν ἐποίκους εἰς τὰς ἔξω πόλεις, καὶ λαμβάνουσι πεμπόμενοι ὅπλα τε ἐκ τοῦ δημοσίου καὶ ἐφόδιον.

(6) Xenoph., *De Vectig.*, cap. IV, 12: Δοκεῖ δέ μοι καὶ ἡ πόλις προτέρα ἐμοῦ ταῦτα ἐγνωκέναι. Παρέχει γοῦν ἐπὶ ἰσοτελείᾳ καὶ τῶν ξένων τῷ βουλομένῳ ἐργάζεσθαι ἐν τοῖς μετάλλοις.

(7) Grote, Op. cit., vol. II, pag. 250, 251.

(8) Xenoph., *Respublica Athen.*, cap. II, § 8: Ἔπειτα φωνὴν πᾶσαν ἀκούοντες ἐξελέξαντο τοῦτο μὲν ἐκ τῆς τοῦτο δὲ ἐκ τῆς. καὶ οἱ μὲν Ἕλληνες ἰδίᾳ μᾶλλον καὶ φωνῇ καὶ διαίτῃ καὶ σχήματι χρῶνται, Ἀθηναῖοι δὲ κεκραμένῃ ἐξ ἁπάντων τῶν Ἑλλήνων καὶ βαρβάρων.

(9) Τὸν ἀποδημοῦντα δεῖ σύμβολον ἔχειν ἐπὶ τῷ συγχωρηθῆναι παρελθεῖν. Σφραγῖδα ἢ σύμβολον δεῖ ἔχειν τὸν ξένον, ἐπὶ τῷ συγχωρηθῆναι παρελθεῖν. *Schol. ad Aristophan. Aves.*, 1213, 14; *Corpus juris attici*, 25, 1247. Richiedevansi per lo più dalle città ch'essendo in condizione di guerra, trovavano necessaria mag-

poteva dar vanto d'essere la città più generosamente ospitale della Grecia (1); e i limiti imposti dalla legge ai loro commerci non erano inspirati da malevolenza verso di loro o tendevano al loro danno, ma erano dettati da ragioni di pubblica economia (2). Così era del divieto opposto alla esportazione (3) di certe derrate, e della proibizione di prestar danaro su navi che non dovessero trasportar grano ad Atene (4); nel primo caso infatti s'impediva la scarsità e il rincarimento dei prodotti agricoli necessarii; nel secondo ad un tempo si incoraggiava l'importazione del grano, e si provvedeva alla garanzia dei creditori; come si raggiungevano entrambi gli scopi col punire i naviganti che avessero volontariamente alterata la rotta convenuta (5).

Dall'ospitalità concessa agli stranieri non era scompagnata una grande libertà di movimenti e di parola, che formava del resto il diritto comune a tutti gli abitanti di Atene (6). Siccome però la residenza transitoria sottraeva gli stranieri ai carichi proprii dei cittadini e dei forestieri domiciliati, così era naturale che questa loro qualità di ospiti non potesse durare più di un certo periodo di tempo, dopo il quale essi o lasciavano il paese o venivano classificati fra i domiciliati (7). Anche finchè durava tale qualità di ospiti la loro facoltà di commerciare era subordinata al pagamento di tasse speciali (8) ed ai tributi doganali,

giore vigilanza su quelli che entravano ed uscivano. V. Schömann, vol. II, pag. 312.

(1) V. pag. 51, nota 8 e Tucidide, cap. XL, 5: Καὶ μόνοι οὐ τοῦ ξυμφέροντος μᾶλλον λογισμῷ ἢ τῆς ἐλευθερίας, τῷ πιστῷ ἀδεῶς τίνα ὠφελοῦμεν. XLI, 3... καὶ μόνη οὔτε τῷ πολεμίῳ ἐπελθόντι ἀγανάκτησιν ἔχει ὑφ' οἵων κακοπαθεῖ, οὔτε τῷ ὑπηκόῳ κατάμεμψιν ὡς οὐχ ὑπ'ἀξίων ἄρχεται.

(2) V. Schömann, l. c., pag. 312 e nota 4.

(3) *Corpus juris attici*, 1546: Τῶν γινομένων διάθεσιν πρὸς ξένους ἐλαίου μόνον εἶναι, ἄλλα δ'ἐξάγειν μὴ ἔστω.

(4) Ἀργύριον μὴ ἐξεῖναι ἐκδοῦναι Ἀθηναίων καὶ τῶν μετοίκων τῶν Ἀθήνησι μετοικούντων μηδενὶ, μηδὲ ὧν οὗτοι κύριοί εἰσιν, εἰς ναῦν ἥτις ἂν μὴ μέλλῃ ἄξειν σῖτον Ἀθήναζε. Ἐὰν δέ τις ἐκδῷ παρὰ ταῦτα, εἶναι τὴν φάσιν καὶ τὴν ἀπογραφὴν τοῦ ἀργυρίου πρὸς τοὺς ἐπιμελητὰς, καθὰ τῆς νεὼς καὶ τοῦ σίτου. Demost. c. C., *Lacrit.*, 941.

(5) Demosth. c. *Dionysodor.*, 1286: Οἱ [νόμοι] κελεύουσι τοὺς ναυκλήρους καί τοὺς ἐπιβάτας πλεῖν εἰς ὅ, τι ἂν συνθῶνται ἐμπόριον. εἰ δὲ μὴ, ταῖς μεγίσταις ζημίαις εἶναι ἐνόχους.

(6) Demosth. c. *Philipp.* III, 111: Ὑμεῖς τὴν παρρησίαν ἐπὶ μὲν τῶν ἄλλων, οὕτω κοινὴν οἴεσθε δεῖν εἶναι πᾶσι τοῖς ἐν τῇ πόλει, ὥστε καὶ τοῖς ξένοις καὶ τοῖς δούλοις αὐτῆς μεταδεδώκατε, καὶ πολλοὺς ἂν τις οἰκέτας ἴδοι παρ' ὑμῖν μετὰ πλείονος ἐξουσίας ὅ τι βούλονται λέγοντας ἢ πολίτας ἐν ἐνίαις τῶν ἄλλων πόλεων, ἐκ δὲ τοῦ συμβουλεύειν παντάπασιν ἐξεληλάκατε.

(7) Guilhem de Sainte Croix, *Mémoire sur les Métœques* (1785) nelle *Mémoires de littérature, tirés des Registres de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres*, vol. XLVIII, pag. 187. Paris, Imprim. Impériale, 1808.

(8) Οὐκ ἔξεστι ξένῳ ἐν τῇ ἀγορᾷ ἐργάζεσθαι, εἰ μὴ ξενικὰ τελεῖ. Legge di Solone cit. nel *Corpus juris attici*, 874.

che gravavano il commercio estero (1). Le esenzioni di certi prodotti da questi ultimi carichi, non erano concepite in favore degli stranieri, ma, al pari di certi divieti di esportazione, a favore del commercio ateniese (2), mentre la sola esenzione, statuita in favore degli stranieri, era quella che concedeva ai vincitori panatenei la libera esportazione dell'olio (3).

Le garanzie che la legge e la consuetudine accordavano agli stranieri, erano poi precisate ed aumentate sovente mediante convenzioni nei rapporti tra le città greche (4), e talora si stipulava che fossero punibili anche le offese consumate nel territorio contro sovrani di altri Stati (5), introducendo così nel diritto pubblico quella repressione dei delitti contro i capi dei governi esteri, che ai nostri giorni forma parte del diritto penale comune dei popoli civili.

In perfetta antitesi con questo era il sistema d'altri popoli, specialmente di razza dorica, sopratutto solleciti di salvare da ogni perturbatrice influenza straniera la purezza e l'austerità degli antichi costumi. Perciò gli Epidauri, vicini degli Illirii, vedendo degenerare il carattere dei cittadini che commerciavano con quelli, s'indussero a delegare d'anno in anno ai contratti e permutazioni coi barbari uno specchiato cittadino, detto πωλήτης, che, andando verso di loro, negoziasse in nome di tutti i connazionali (6). Per lo stesso motivo gli Spartani erano ripugnanti dal consentire così i viaggi degli indigeni (7),

(1) *Corpus juris attici*, 880: Τῶν εἰσαγομένων εἰς τὸν Πειραιᾶ φορτίων καὶ ἀνδραπόδων ἐκ τῆς ἀλλοδαπῆς πεντηκοστὴν τελοῦσιν οἱ ἔμποροι, καὶ τοῦτο καλεῖται πεντηκοστεύεσθαι. — 883: Δεκάτην ἐκ τῶν φορτίων τῶν ἐμπόρων τοῦ Ἑλλησπόντου λαμβάνειν.

(2) *Corpus juris attici*, 887: Ἔχουσιν ἀτελίαν οἱ σιτηγοῦντες Ἀθήναζε. — 888: Ὑπὲρ κριθῶν ὀλίγον εἰςπράττεται τέλος. — 890: Εἶναι ἀτελίαν τοῖς λέσβιον οἶνον εἰσάγουσι. Sibari (V. *Athenaeus*, XII, 521) esentava da tasse i venditori e i pescatori di anguille, i tintori e gli importatori di porpora.

(3) *Corpus juris att.*, nota all'art. 1546. *Ad Schol. Pindar. Nem.* X, 64: οὐκ ἔστι δὲ ἐξαγωγὴ ἐλαίου ἐξ Ἀθηνῶν εἰ μὴ τοῖς νικῶσι.

(4) *Andocid. c. Alcibiad.*, § 18: Πρὸς τὰς πόλεις ἐν τοῖς συμβόλοις συνθέσθαι μὴ ἐξεῖναι μήδ' εἷρξαι, μήτε δῆσαι τὸν ἐλεύθερον. ἐὰν δέ τις παραβῇ, μεγάλην ζημίαν ἐπὶ τούτοις θέσθαι.

(5) P. es. il trattato stipulato nel 378 av. Cristo fra gli Ateniesi ed Arybda, re dei Molossi, che assicurava a questo principe le stesse garanzie spettanti ai cittadini di Atene, e ad ogni congiura contro di lui o dei suoi figli comminava le stesse pene minacciate all'assassino di un Ateniese. Egger, *Études historiques sur les traités publics chez les Grecs et chez les Romains depuis les temps les plus anciens jusqu'aux premiers siècles de l'ère chrétienne*. Paris, Durand, 1866, pag. 90, 91.

(6) Plutarco, *Quaest. gr.*, 29.

(7) Plutarco, *Instit. Laconic.*, 19: Ἀποδημεῖν δὲ οὐκ ἐξῆν αὐτοῖς, ἵνα μὴ ξενικῶν ἐθῶν καὶ βίων ἀπαιδεύτων μετάσχωσι.

come lo stabilimento degli stranieri nel territorio (1): e, tuttochè in modo meno rigoroso, si attenevano allo stesso sistema anche le città cretesi (2). L'esclusione degli stranieri però, che in Sparta subì varie eccezioni a favore di qualche popolo (3), e che s'andò rilassando dopo la presa di Atene e gli intimi rapporti con altri Stati greci e colla Persia (4), si riferiva piuttosto alla residenza che all'approdo, al passaggio ed al soggiorno del tutto transitorio. In questi limiti i forestieri potevano trattenersi alcun tempo nel paese; a differenza di quanto avveniva in Atene vi erano però sottoposti ad una sorveglianza minuta e rigorosa, e dovevano uscire immediatamente ogniqualvolta agli efori fosse sembrato opportuno di allontanarneli (5). Il sistema di Sparta importava dunque di necessità la presenza molto meno frequente e sempre transitoria di forestieri nel territorio; ma nemmeno a proposito di quella città è il caso di parlare della loro esclusione assoluta dal paese e dalla protezione delle sue leggi; esclusione che in tali termini si pronunciava soltanto contro i nemici, e che nei rapporti di pace non era praticata da nessuna repubblica greca (6).

In proporzioni maggiori pertanto in Atene, in proporzioni minori, ma pur sempre in una certa misura, anche a Sparta, doveva provvedersi con speciali magistrature alla sorveglianza ed alla protezione degli stranieri, che in via transitoria vi soggiornavano. Questi magistrati erano i *pròsseni*, il cui ufficio, sia quanto alla tutela degli interessi della città che rappresentavano, sia quanto alla protezione dei

(1) Ἐπίσταμαι δὲ καὶ πρόσθεν τούτου ἕνεκα ξενηλασίας γιγνομένας καὶ ἀποδημεῖν οὐκ ἐξόν, ὅπως μὴ ῥαδιουργίας οἱ πολῖται ἀπὸ τῶν ξένων ἐμπίπλαιντο. XENOPH., *Resp. Laced.*, cap. XIV, 4. E questo sistema aveva ammiratori nella parte conservatrice degli altri Stati. V. ARISTOT., *Polit.*, VII, 5, 3; e PLATONE, *Leggi*, lib. VIII, 849.

(2) SCHÖMANN, Op. cit., vol. I, pag. 385. Almeno quanto ai viaggi all'estero, che erano proibiti ai giovani. Le mense per gli ospiti erano prova che i Cretesi ricevevano spesso la visita di stranieri; ma pare che fossero, anzichè stranieri propriamente detti, di schiatta affine a quella dei cittadini che li ospitavano.

(3) DE LA NAUZE, Mem. cit., nel vol. XII, pag. 159-177, dell'*Histoire de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres.* Paris, Imprimerie Royale, 1740.

(4) XENOPH., *Resp. Laced.*, cap. XIV, 4: νῦν δ' ἐπίσταμαι τοὺς δοκοῦντας πρώτους εἶναι ἐσπουδακότας ὡς μηδέποτε παύωνται ἁρμόζοντες ἐπὶ ξένης — e 6: τοιγαροῦν οἱ Ἕλληνες πρότερον μὲν ἰόντες εἰς Λακεδαίμονα ἐδέοντο αὐτῶν ἡγεῖσθαι ἐπὶ τοὺς δοκοῦντας ἀδικεῖν· νῦν δὲ πολλοὶ παρακαλοῦσιν ἀλλήλους ἐπὶ τὸ διακωλύειν ἄρξαι πάλιν αὐτούς. — 7: Οὐδὲν μέντοι δεῖ θαυμάζειν τούτων τῶν ἐπιψόγων αὐτοῖς γιγνομένων, ἐπειδὴ φανεροί εἰσιν οὔτε τῷ θεῷ πειθόμενοι οὔτε τοῖς Λυκούργου νόμοις.

(5) SCHÖMANN, Op. cit., vol. I, pag. 341, 342 e nota 1.

(6) SCHÖMANN, Op. cit., vol. II, pag. 310 e 313.

suoi cittadini, era singolarmente analogo a quello dei nostri consoli (1). A quella stessa guisa che nel moderno sistema consolare si distinguono i consoli inviati dal paese che devono rappresentare, da quelli scelti fra gli abitanti del territorio dove devono esercitare le loro funzioni, così anche nell'antica Grecia ciascuna città sceglieva nelle altre i proprii pròsseni, talora fra i proprii cittadini (2), talora fra i cittadini di quelle, e questo secondo caso era assai più frequente del primo. I pròsseni erano dunque per lo più una specie di magistrati, che esercitavano nella propria patria l'ufficio di consoli onorari delle città amiche od alleate (3); e spesso venivano designati da queste dopo che s'erano in qualche guisa resi benemeriti dei rapporti amichevoli fra i due paesi (4). A Sparta però la prossenìa, identica a quelle delle altre città quanto all'indole dell'ufficio, ne era diversa quanto al modo della costituzione, inquantochè chi ne era investito veniva scelto dai re fra i cittadini spartani con attribuzione di competenza complessiva per gli stranieri in genere, senza ingerenza degli Stati cui tali stranieri rispettivamente appartenevano (5). Ed a questo esempio probabilmente s'ispirava Senofonte, quando proponeva in Atene un magistrato speciale per la sorveglianza e la tutela degli stranieri (6). Tale era infatti, comunque fosse costituita, l'ufficio della prossenìa, tanto secondo il diritto spartano (7), quanto secondo quello delle altre città (8).

Rispetto al paese che rappresentavano, avevano, quanto agli inte-

(1) *Corpus juris attici*, pag. 585, nota all'art. 1257 (*Schol. ad Demosth. Leptin.*, 475, 5): Πρόξενοι λέγονται οἱ ἐν τοῖς ὁρίοις τοὺς ἐπιδημοῦντας δεχόμενοι, φίλοι τυγχάνοντας καὶ κοινῇ καὶ ἰδίᾳ. — e *Schol. in Aristoph. Aves.*, 1021: Πρόξενοί εἰσιν οἱ τεταγμένοι εἰς τὸ ὑποδέχεσθαι τοὺς ξένους ἐξ ἄλλων πόλεων ἥκοντας.

(2) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 310, 311.

(3) De Sainte Croix, *Mém.* cit., pag. 198, 9 e nota *p*.

(4) Egger, Op. cit., pag. 272, 3, Decreto degli Arcadi relativo a Teo: “ Gli Arcadi ringraziano Erodoto e Menecle, ambasciatori di Teo, per la condotta tenuta durante la missione esercitata presso di loro, e dichiarano che saranno in patria pròsseni della loro città „. V. anche il decreto degli Eraniani a pag. 275, 6.

(5) Erodoto, lib. VI, cap. LVII, 3: Καὶ προξείνους ἀποδεικνύναι τούτοισι προσκέεσθαι τοὺς ἂν ἐθέλωσι τῶν ἀστῶν, καὶ Πυθίους αἱρέεσθαι δύο ἑκάτερον. Οἱ δὲ Πύθιοί εἰσι θεωπρόποι ἐς Δελφούς.

(6) Senofonte, *Redd. dell' Attica*, cap. II, 7. Questo ufficio avrebbe dovuto, secondo Senofonte, riguardare soltanto gli stranieri domiciliati; ma s'ispirava all'esempio della prossenìa Spartana, la cui competenza estendevasi senza distinzione a tutti gli stranieri.

(7) De la Nauze, l. c., pag. 173, 4.

(8) Curtius, Op. cit., vol. II, pag. 256.

ressi sociali, una certa delegazione d'autorità (1) che, di fronte ai cittadini di quello attribuiva loro nel paese della loro residenza il carattere di ospiti pubblici (2). Così l'istituto della ospitalità sviluppandosi si trasformava. Da principio anche l'ospitalità pubblica (προξενία) non costituiva, del pari che quella privata (ἰδιοξενία), che una condizione privilegiata individuale in cui trovavasi lo straniero che la conseguiva. Più tardi invece fu attribuita al pròsseno un'autorità ed una protezione mediata sui cittadini del paese che gli aveva conferita quella missione; nel concetto della prossenìa fu adombrato quello del moderno diritto consolare; ed esso non parve più in rapporto coll'istituto della ospitalità dal quale pur era uscito (3).

Nei riguardi d'ogni cittadino del paese da essi rappresentato, i pròsseni agivano come rappresentanti legali e come tutori dei suoi interessi privati, sicchè alla sua morte avevano competenza, in mancanza di eredi, per raccoglierne e per liquidarne la successione (4), che del resto non era soggetta ad alcun che di simile al diritto di

(1) De Sainte Croix, *Mém.* cit., pag. 198, 9.

(2) *Corpus juris attici*, 1237 (Pollux III, 59): Ὁ πρόξενος πόλει δημοσίᾳ προξενεῖ, ἐν ἄλλῃ πόλει ὤν, ὡς ὑποδοχῆς τε τῶν ἐκεῖθεν φροντίζειν, καὶ προσόδου τῆς πρὸς τὸν δῆμον, καὶ ἕδρας ἐν τῷ θεάτρῳ.

(3) Voigt, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, vol. IV. Leipzig, Günther, 1871, pag. 236-8. Beilage XIII, *Ueber die dem conubium, commercium, und der recuperatio entsprechenden Verhältnisse in den griechischen und hellenistischen Rechten.*

(4) Demostene c. *Calippo*, 1236-8. Licone di Eraclea aveva depositata una somma presso il padre di Demostene, per rimetterla a Cefisiade allora assente; poi era partito ed era restato vittima dei pirati. Conosciuta la sua morte, Calippo si presenta alla banca per farvi indagini sui depositi da lui abbandonati, e basta la sua qualità di pròsseno di Eraclea a giustificare le sue richieste: ἐκεῖνος μὲν τετελεύτηκεν· ἐγὼ δὲ προξενῶν τυγχάνω τῶν Ἡρακλεωτῶν· ἀξιῶ δή σε δεῖξαί μοι τὰ γράμματα, ἵν' εἰδῶ εἴ τι καταλέλοιπεν ἀργύριον· ἐξ ἀναγκῆς γάρ μοι ἐστίν ἁπάντων Ἡρακλεωτῶν ἐπιμελεῖσθαι. Questa sua qualificazione (che colle sue conseguenze il Tellfy formula a ragione in termini generali nel § 1238 del *Corpus juris attici*) basta perchè Formione gli mostri subito i proprii registri. E quando più tardi Calippo domanda la consegna di quella somma, l'eccezione più valida oppostagli non riguarda i suoi diritti come pròsseno, ma il fatto che Licone aveva assegnato a quel danaro una determinata destinazione, e che, debitamente e senza eccezioni da parte di Calippo, il banchiere l'aveva già consegnata a Cefisiade. Le altre obbiezioni opposte da Demostene: che cioè Licone non s'era mai servito di Calippo per i suoi affari, nè aveva abitato presso di lui, sarebbero state, senza di quella, di poca importanza, essendo morto Licone senza figli e non avendo lasciati eredi; tanto più che ad Argo, dov'era stato trasportato ferito, aveva pur abbandonato tutto quanto aveva seco nelle mani del pròsseno degli Eracleoti: τῷ προξένῳ τῶν Ἡρακλεωτῶν τὰ χρήματα δέδωκεν, ἃ κατήχθη μετ' αὐτοῦ.

albinaggio (1). I diritti e i privilegi dei pròsseni naturalmente variavano, secondo ch'essi erano o non erano cittadini del paese, ove esercitavano le loro funzioni. Se erano stranieri, la qualità di pròsseno attribuiva loro tutti i diritti civili, che potevano acquistarsi da un forestiere non naturalizzato, compresa l'assoluta sicurezza ed immunità personale (2). Quando invece erano cittadini dello Stato ove esercitavano le loro funzioni, queste non potevano modificare nè sfavorevolmente nè favorevolmente la loro condizione di fronte alla legge del loro paese; sicchè nè contro la legge penale, nè contro le vicende della politica, spesso agitata, delle città greche, potevano trovare una valida difesa nella loro qualità di pròsseni (3).

28. — In una condizione particolare trovavansi quegli stranieri che, dopo essersi trattenuti per un certo tempo nello Stato, vi venivano considerati, a titolo di domiciliati, come protetti in modo permanente dalle leggi di questo. Il loro numero variava di città in città, secondo i diversi sistemi praticativi circa gli stranieri, ed anche nella medesima città variava d'epoca in epoca col mutarsi della potenza politica e dello stato della pubblica economia. A Sparta sino ad Agide III (4) mancava tale categoria di stranieri; Atene nel suo fiore ne contava circa 50,000 su mezzo milione di abitanti (5), fra i quali gli uomini liberi non arrivavano a 100,000; ad Agrigento formavano la maggior parte della popolazione (6). Era a questi stranieri domiciliati o metèci che Atene dovea sopratutto la floridezza del suo commercio e dell'industria, e perciò ne favoriva lo stabilimento (7). Questo doveva essere autorizzato dalla pubblica autorità del paese,

(1) Anche Platone dice, senza cenno di proporre un'innovazione, che lo straniero migrante od espulso può portar seco uscendo dal territorio ogni sua proprietà: τὴν αὐτοῦ λαβόντα οὐσίαν ἀπιέναι. *Leggi*, libro VIII, 850, *b*.

(2) *Corpus juris attici*, 1239 (Boeckh, *Corp. inscript. graec.* 1562-7). Τοῖς προξένοις εἶναι γῆς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν καὶ ἰσοτέλειαν καὶ ἀσφάλειαν καὶ ἀσυλίαν καὶ πολέμου καὶ εἰρήνης οὔσης, καὶ κατὰ γῆν καὶ κατὰ θάλατταν.

(3) Demostene, *De Halones.*, 86, 382. Atene manda invano tre legati per implorare la grazia di Canizio, suo pròsseno.

(4) Grote, Op. cit., vol. III, pag. 289, nota.

(5) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 3.

(6) Diodoro, lib. XIII, cap. 84, § 4; Κατ'ἐκεῖνον γὰρ τὸν χρόνον Ἀκραγαντῖνοι μὲν ἦσαν πλείους τῶν δισμυρίων, σὺν δὲ τοῖς κατοικοῦσι ξένοις οὐκ ἐλάττους τῶν εἴκοσι μυριάδων.

(7) Xenoph., *De Vectig.*, cap. III, 4: ἀγαθὸν δὲ καὶ καλὸν καὶ προεδρίαις τιμᾶσθαι ἐμπόρους καὶ ναυκλήρους, καὶ ἐπὶ ξενίᾳ γ'ἔστιν ὅτε καλεῖσθαι, οἳ ἂν δοκῶσιν ἀξιολόγοις καὶ πλοίοις καὶ ἐμπορεύμασιν ὠφελεῖν τὴν πόλιν· ταῦτα γὰρ τιμώμενοι οὐ μόνον τοῦ κέρδους ἀλλὰ καὶ τῆς τιμῆς ἕνεκεν ὡς πρὸς φίλους ἐπισπεύδοιεν ἄν.

dove lo straniero desiderava stabilirsi (1); autorità che in Atene pare, ma non è ben certo, fosse l'areopago (2).

Un'autorizzazione però era necessaria; per esserne esenti occorreva o un decreto speciale, che vi equivaleva, come quelli emanati da Atene, col fine di risanguare la popolazione dopo una guerra (3); o una stipulazione che ne dispensasse reciprocamente i sudditi delle parti contraenti (4). Il domicilio poi, fosse conceduto indefinitamente o per un periodo determinato, non importava, solo per effetto di trascorrere di tempo e succedersi delle generazioni, diritto alla cittadinanza (5), ma gli stranieri domiciliati restavano iscritti in liste speciali, diverse da quelle di cittadini fintanto che durava la loro presenza nel territorio (6); ed erano, prescindendo dalle eccezioni individuali, o da quelle concepite in favore di speciali categorie di persone (7), in condizioni diverse anche davanti alla legge civile (8).

Chi è abituato ai moderni rapporti internazionali considera illogico che i pròsseni non esercitassero nei rispetti dei forestieri domiciliati

(1) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 54.

(2) Questa congettura secondo lo Schömann (l. c., nota 22) si fonda sopra un passo di Sofocle nell'*Edipo a Colono*. Ma quel passo non è concludente. Creonte vi risponde a Teseo (947-950): Τοιοῦτον αὐτοῖς Ἄρεος εὔβουλον πάγον — Ἐγὼ ξυνῄδη χθόνιον ὄνθ', ὃς οὐκ ἐᾷ — Τοιούσδ' ἀλήτας τῇδ' ὁμοῦ ναίειν πόλει. — Ma non v'è, come il diritto vigente anche ai nostri giorni in molti paesi lo dimostra, necessaria coincidenza dell'autorità cui compete autorizzare lo stabilimento degli stranieri e la loro naturalizzazione, con quella che può decretarne l'espulsione.

(3) Grote, Op. cit., vol. VII, pag. 218. E Diodoro, XI, 43. *Legge di Temistocle:* Τοὺς μετοίκους καὶ τοὺς τεχνίτας ἀτελεῖς ποιῆσαι, ὅπως ὄχλος πολὺς πανταχόθεν εἰς τὴν πόλιν κατέλθῃ, καὶ πλείους τέχνας κατασκευάσωσιν εὐχερῶς.

(4) Così nel trattato fra Hierapytna e Prianso, e fra i Latiani e gli Olontani. V. Egger, l. c., pag. 79-84 e 126-8.

(5) Platone non voleva decampare da questo carattere transitorio dello stabilimento dei forestieri, cui la dimora per tutta la vita non doveva accordarsi che in via del tutto eccezionale: ὅταν δὲ ἐξήκωσιν οἱ χρόνοι, τὴν αὑτοῦ λαβόντα οὐσίαν ἀπιέναι. E, quanto ai figli, voleva computare il ventennio di domicilio, autorizzato a cominciare dal quindicesimo anno di età. *Leg.*, lib. VIII, 850, *b.*

(6) Plat., *Leg.*, lib. VIII, 850, *c.* Ὁ δὲ ἀπιὼν ἐξελειψάμενος ἴτω τὰς ἀπογραφάς, αἵτινες ἂν αὐτῷ παρὰ τοῖς ἄρχουσι γεγραμμέναι πρότερον ὦσιν.

(7) Boechk, *Corp. inscript. graec.*, n. 3067. Τοὺς τεχνίτας καὶ θεοὶ καὶ βασιλεῖς καὶ πάντες Ἕλληνες τιμῶσιν, δεδωκότες τήν τε ἀσυλίαν καὶ ἀσφάλειαν πᾶσι καὶ πολέμου καὶ εἰρήνης, κατακολουθοῦντες τοῖς τοῦ Ἀπόλλωνος χρησμοῖς.

(8) In Tessaglia i patroni finirono per ridurre in condizione servile gli stranieri domiciliati. Anche nelle colonie greche questi erano tenuti in condizione inferiore; in Sicilia, in Libia ed a Cirene formavano la terza classe degli abitanti dopo i cittadini e gli agricoltori. De Sainte Croix, *Mém.* cit., pag. 206.

lo stesso ufficio affidato loro dalla legge quanto agli stranieri di passaggio o residenti nel paese in via transitoria. Se il domicilio non trasforma in cittadino il forestiere, non potrebbe creargli nel diritto pubblico una condizione particolare in confronto degli altri forestieri non domiciliati; e infatti il diritto moderno, nel definire le attribuzioni dei consoli, le estingue quanto al loro connazionale naturalizzato nel paese della loro residenza, e le mantiene egualmente in vigore quanto agli altri connazionali senza distinguere tra domiciliati e non domiciliati. Ma com'ebbi a notare a proposito dei Fenicii (1), quando si parla dell'antichità e specialmente delle città antiche del bacino mediterraneo, bisogna tener conto di due concetti diversi dai nostri, che erano loro particolari. Quelle città nel periodo del loro sviluppo politico rendevano per motivi sociali e più ancora per motivi religiosi (2) assai difficile la naturalizzazione, e ripugnavano del tutto dal farla derivare dalla sola presenza, per quanto prolungata, dello straniero nel territorio. Ciò faceva sì che lo straniero, anche da lunghissimo tempo domiciliato, restasse sempre straniero di fronte alla legge del paese che lo ospitava. Ma quelle città, anche quando non facevano dipendere la conservazione della cittadinanza dalla presenza costante nel territorio, non ammettevano quella conservazione in chi si fosse allontanato dal territorio in modo permanente. Così avveniva che gli originari di una città, domiciliati nel territorio di un'altra, mentre non acquistavano per ciò solo la cittadinanza di questa, perdevano però, per effetto di quel domicilio, la cittadinanza originaria. Gli stranieri domiciliati o *meléci* uscivano pertanto dalla famiglia politica cui per nascita avevano appartenuto, senza entrare del tutto in quella stabilita nel territorio dove si erano trasferiti. Restavano genericamente stranieri, ma non erano più stranieri pertinenti ad un'altra città determinata, e perciò nè il paese che li ospitava consentiva, nè il paese d'origine pretendeva che fossero controllati e protetti dai pròsseni della loro patria. La competenza di questi era cessata rispetto a loro insieme col vincolo di cittadinanza (3), ed essi soggiacevano, senza limiti o sorveglianza da parte d'altre autorità, alla legge ed alle magistrature politiche e giudiziarie del paese dove erano domiciliati. Ma, sudditi e non citta-

(1) V. pag. 31.
(2) Fustel de Coulange, *La cité antique*, XIII édit. Paris. Hachette, 1890, pag. 226-233.
(3) Senofonte (*Redditi dell'Attica*, cap. II, 7) li chiama ἀπόλιδες.

dini di questo, entravano soltanto parzialmente nella società civile che li accoglieva.

29. — I rapporti in cui stavano colla legge e coll'autorità territoriali, facevano pertanto di loro, piuttosto che un elemento assolutamente straniero, una classe inferiore della popolazione stabile dell'Attica (1). Quando si parla dunque d'omogeneità della popolazione dell'Attica (2), in contrasto colla varia composizione degli abitanti d'altri Stati, specialmente dorici, s'intende dire che il popolo originario non v'era stato soggiogato e poi tenuto in soggezione da altri immigrati, ma che i vari elementi della popolazione costituente lo Stato si erano fusi insieme sia dal punto di vista etnografico, sia da quello giuridico. Però accanto a questi Ἄνδρες Ἀθηναῖοι, tutti eguali fra loro, s'era formata una classe inferiore di abitatori, cittadini quanto alla soggezione alle leggi, e stranieri quanto all'esercizio dei diritti civici, che per la stabilità della dimora e la partecipazione alla vita economica e talora a quella politica dello Stato rendevano importante elemento della sua popolazione.

In questa condizione speciale trovavansi, oltrechè gli stranieri domiciliati, anche gli schiavi che avevano ottenuta la libertà. Tanto gli uni quanto gli altri dovevano aver come patrono un cittadino, cui spettava rappresentarli, integrandone la capacità nei rapporti pubblici e privati e specialmente nei litigi e nei processi (3). La differenza fra gli uni e gli altri stava in ciò, che lo straniero libero sceglieva da sè il proprio patrono, mentre per gli affrancati questo ufficio spettava al loro antico padrone. La prostatìa corrispondeva poi, in entrambi i casi (4), nello scopo al concetto della sorveglianza e negli uffici a quello della tutela. D'indole diversa e non tale da escludere la prostatìa, sarebbe stato (5) il magistrato dei μετοικοφύλακες proposto da Senofonte. Còmpito loro sarebbe stata piuttosto la tutela degli stranieri, e la ricompensa di chi ne avesse favorita l'immigrazione, collo scopo di dar incremento

(1) *Corpus juris attici*, 27 (*Harpocrat.*, v. μετοίκιον): Μέτοικος μὲν ἐστιν ὁ ἐξ ἑτέρας πόλεως μετοικῶν ἐν ἑτέρᾳ καὶ μὴ πρὸς ὀλίγον ὡς ξένος ἐπιδημῶν, ἀλλὰ τὴν οἴκησιν αὐτόθι καταστησάμενος.

(2) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 3.

(3) *Corpus juris attici*, 28 (*Suidas:* ἀπροστασίου): Τῶν μετοίκων ἕκαστος προστάτην ἔχει, κατὰ νόμων ἕνα τῶν ἀστῶν καὶ δι' αὐτοῦ τό τε μετοίκιον τίθεται κατὰ ἔτος καὶ τὰ ἄλλα διοικεῖται.

(4) Heffter, *Ath. Gerichtsverfassung*, pag. 8; Mayer, *Die Rechte von Israeliten, Athener, und Römer*. II vol. Leipzig, Baumgärtner, 1866, pag. 71.

(5) Vedi pag. 56, n. 6.

ai redditi dello Stato (1); ed essi sarebbero stati pertanto analoghi, se non nello scopo, nel modo della loro istituzione, ai pròsseni di Sparta.

Il metéco trovavasi di fronte alla legge civile per più rispetti in condizione inferiore a quella del cittadino. In quanto era suscettibile di partecipazione al diritto civile e di fruire della protezione della legge, non poteva tradurre in atto questa propria facoltà se non col mezzo del suo patrono; ma sotto molti rispetti nemmeno la cooperazione di questo poteva sanare la incapacità derivante in lui dalla sua qualità di straniero. Se una legge speciale od un trattato non vi derogava, il metéco, non meno dello straniero non domiciliato, era privo in Atene del diritto di connubio (ἐπιγαμία); ed il matrimonio di uno straniero con una cittadina (2), e di una straniera con un cittadino (3) era proibito e severamente punito tanto in chi lo contraeva, quanto in chi (4) ne aveva avuto l'iniziativa o lo aveva agevolato. Il potere dei maggiori cittadini si spuntava contro questo divieto geloso e Pericle stesso non avrebbe potuto sposare Aspasia, ch'era Milesia, senza diminuire i proprii diritti e quelli della famiglia nella città, dov'era pur così preponderante la sua influenza.

E per motivi non meno imperiosi era vietato ai forestieri domiciliati o non domiciliati, il possesso fondiario. Infatti se la proibizione del connubio tendeva a preservare la purezza della razza da ogni miscela straniera, la proprietà fu sempre considerata colla maggiore tenacia come un elemento di sovranità. Sotto questo punto di vista dunque la disposizione del diritto greco, che riservava di regola ai soli cittadini il possesso degli immobili (5) e l'esecuzione su quelli (6), è nella storia tutt'altro che singolare (7).

(1) Xenoph., *De Vectigal.*, cap. II, 7: Καὶ εἰ μετοικοφύλακάς γε ὥσπερ ὀρφανοφύλακας ἀρχὴν καθισταῖμεν, καὶ τούτοις τιμή τις ἐπείη οἵτινες πλείους μετοίκους ἀποδείξειαν, καὶ τοῦτο εὐνουστέρους ἂν τοὺς μετοίκους ποιοίη, καὶ ὡς τὸ εἰκὸς πάντες ἂν οἱ ἀπόλιδες τῆς Ἀθήνηθεν μετοικίας ὀρέγοιντο καὶ τὰς προσόδους ἂν αὔξοιεν.

(2) Demosth. *in Neaer.*, 1350: Ἐὰν ξένος ἀστῇ συνοικῇ τέχνῃ ἢ μηχανῇ ἡτινοῦν γραφέσθω πρὸς τοὺς θεσμοθέτας Ἀθηναίων ὁ βουλόμενος, οἷς ἔξεστιν. ἐὰν δὲ ἁλῷ πεπράσθω καὶ αὐτὸς καὶ ἡ οὐσία αὐτοῦ, καὶ τὸ τρίτον μέρος ἔστω τοῦ ἑλόντος.

(3) Demosth., l. c.: Ἔστω δὲ καὶ ἐὰν ἡ ξένη τῷ ἀστῷ συνοικῇ κατὰ ταῦτα. Καὶ ὁ συνοικῶν τῇ ξένῃ τῇ ἁλούσῃ ὀφειλέτω χιλίας δράχμας.

(4) Demosth. *in Neaer.*, 1363: Ἐὰν δέ τις ἐκδῷ ξένην γυναῖκα ἀνδρὶ Ἀθηναίῳ ὡς ἑαυτῷ προσήκουσαν, ἄτιμος ἔστω, καὶ ἡ οὐσία αὐτοῦ δημοσία ἔστω, καὶ τοῦ ἑλόντος τὸ τρίτον μέρος· γραφέσθων δὲ πρὸς τοὺς θεσμοθέτας οἷς ἔξεστι, καθάπερ τῆς ξενίας.

(5) *Corpus juris attici*, 36: Μὴ εἶναι ξένοις γῆς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν.

(6) Demosth., *Pro Phorm.*, 946: Ὅτῳ οὐ μέτεστι τῆς πολιτείας οὐχ' οἷόστ' ἐστι εἰσπράττειν ὅσα ἐπὶ γῇ καὶ συνοικίαις δεδανεικὼς ἦν.

(7) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 118.

Cessato il vincolo della cittadinanza, cessava anche il diritto di possedere fondi nello Stato, e i beni appartenenti agli esiliati si confiscavano (1). La concessione del possesso fondiario, a tutti i sudditi di uno Stato nel territorio di un altro, si considerava in questo d'ordinario collo sfavore naturale per ogni indizio di preminenza straniera nel territorio. Sicchè, mentre ai nostri giorni i trattati di amicizia sogliono stipulare la concessione reciproca del possesso fondiario ai sudditi delle parti contraenti, allora il concederlo era spesso un atto di sommissione (2), e il rinunziarvi da parte di chi lo aveva ottenuto (3) un riconoscimento dell'eguaglianza dei due Stati, favorevole ai loro rapporti internazionali. Da questa incapacità, come dalle altre che lo colpivano, lo straniero non poteva liberarsi, se non che mediante privilegi personali, ottenuti dalla pubblica autorità, o, in quanto non era metéco, mediante trattati specialmente stipulati fra la sua patria ed il territorio dove dimorava. Ma per diritto comune egli restava sempre incapace di proprietà immobiliare, sicchè a Senofonte pareva d'avere escogitato una grande liberalità, quando proponeva che si autorizzassero i metéci, sotto certe condizioni, ad acquistare le case vuote e ad occupare le aree libere esistenti nell'interno della città, possedendo le abitazioni su quelle costrutte (4).

Dalle cose sacre non erano in tutto esclusi; potevano assistere alle feste pubbliche, sia per vedere, sia per supplicare (5), quantunque i loro côri dovessero essere distinti da quelli dei citta-

(1) *Corpus juris attici*, 1016: Τῶν φευγόντων αἱ οὐσίαι δημεύονται.

(2) Demosth., *De Corona*, 91: ..... δεδόχθαι τῷ δάμῳ τῷ Βυζαντίων καὶ Περινθίων Ἀθηναίοις δόμεν ἐπιγαμίαν, πολιτείαν, ἔγκτασιν γᾶς καὶ οἰκιᾶν, προεδρίαν ἐν τοῖς ἀγῶσι ecc.

(3) Così secondo un decreto del tempo della rigenerazione di Atene contro Sparta, reso in favore degli alleati degli Ateniesi. Τοῖς δὲ ποιησαμένοις συμμαχίαν πρὸς Ἀθηναίοις καὶ τοῖς συμμάχοις ἀφεῖναι, τὸν δῆμον τὰ ἐγκτήματα, ὁπόσ᾽ἂν τυγχάνῃ ὄντα ἢ ἴδια ἢ δημόσια Ἀθηναίων ἐν τῇ χώρᾳ τῶν ποιόμενων τὴν συμμαχίαν..... Ἀπὸ δὲ Ναυσινίκο ἄρχοντος μὴ ἐξεῖναι μήτε ἰδίᾳ μήτε δημοσίᾳ Ἀθηναίων μηδενὶ ἐγτήσασθαι ἐχ ταῖς τῶν συμμάχων χώραις μήτε οἰκίαν, μήτε χωρίον, μήτε πριαμένῳ, μήτε ὑποθεμένῳ, μήτε ἄλλῳ τρόπῳ μηδενί. Egger, Op. cit., pag. 86. — V. anche *Corpus juris attici*, 1295 e Diodoro Siculo, XV, 29: Οἱ Ἀθηναῖοι... νόμον ἔθεντο, μηδένα τῶν Ἀθηναίων γεωργεῖν ἐκτὸς τῆς Ἀττικῆς.

(4) Xenoph., *De Vectigal.*, cap. II, 6: Εἶτα ἐπειδὴ καὶ πολλὰ οἰκιῶν ἔρημά ἐστιν ἐντὸς τῶν τειχῶν καὶ οἰκόπεδα, εἰ ἡ πόλις διδοίη οἰκοδομησαμένοις ἐγκεκτῆσθαι οἳ ἂν αἰτούμενοι ἄξιοι δοκῶσιν εἶναι, πολὺ ἂν οἴομαι καὶ διὰ ταῦτα πλείους τε καὶ βελτίους ὀρέγεσθαι τῆς Ἀθήνησιν οἰκήσεως.

(5) Demosth. *in Neaer.*, 1374: Εἰς ἕκαστον τῶν ἱερῶν τῶν δημοτελῶν καὶ τὴν ξένην καὶ τὴν δούλην ἐλθεῖν ἐξουσίαν ἔδοσαν οἱ νόμοι καὶ θεασομένην ἱκετεύουσαν εἰσιέναι.

dini (1); e quantunque non potessero venir estratti a sorte per il sacerdozio (2), non erano esclusi dall'iniziazione ai misteri (3). Nella radunanza del popolo non potevano prendere la parola (4); e non erano ammessi nè a partecipare alle gare di forza, che si tenevano durante le feste panatenee (5), nè a servire nella cavalleria (6). Come corrispettivo del domicilio loro concesso, dovevano contribuire una tassa fissa. Questa era di dodici dramme per gli uomini e di sei per le donne (7), e veniva pagata col mezzo del rispettivo patrono (8). A quella doveva aggiungersi il τριώβολον che spettava al notaio della autorità e la tassa di commercio cui era astretto il forestiere che la esercitava (9). Gli stranieri erano inoltre astretti ad altre prestazioni straordinarie in occasione di guerre (10), o di pubbliche feste (11), durante le quali celebravansi certe processioni, ch'essi erano obbligati d'accompagnare, alcuni con ombrelli, altri con vasi o conche (12).

La condizione dei metéci differiva dunque da quella degli stranieri non domiciliati, perchè i primi formavano sotto certi rispetti parte integrante della popolazione dello Stato; perchè su loro e sui loro atti veniva esercitata, mediante la prostatìa, una più costante sorveglianza e tutela; perchè potevano attendere nello Stato a qualunque arte o mestiere urbano; perchè la protezione dello Stato dov'erano domiciliati li seguiva come sudditi anche dove, fuori dei confini di quello, li avessero tratti le esigenze del commercio; e perchè, infine, al pari dei citta-

(1) Δεῖ πανηγυριζούσης τῆς πόλεως μήτε τοὺς ξένους μήτε τοὺς μετοίκους πορρωτάτω τῶν ἀπολαύσεων καθεστάναι. Χορηγοῦσι τοίνυν καὶ αὐτοὶ καὶ ἑστιῶσιν ἀλλήλους, ἵνα μηδεὶς ἄμοιρος ᾖ κατὰ τὴν πόλιν τῆς μετουσίας τῶν ἑορτῶν..... *Corp. jur. attici*, 426.

(2) Demosth. *c. Eubulid.*, 1314: Τὸν ξένον καὶ μετοίκον μὴ ἱερωσύνην κληροῦσθαι.

(3) Μηδένα ξένον μύειν. *Corp. jur. attici*, 34; pare indubbiamente riferirsi soltanto agli stranieri non domiciliati; ed in ogni modo come le altre restrizioni non politiche non riguarda gli isotéli.

(4) Οὐ χρῆ ξένον τῶν ἐκκλησιῶν μετέχειν ἀγορεύοντα. *Corp. jur. attici*, 33.

(5) *Corpus juris attici*, 440: Ἀγών τις εὐανδρίας τοῖς Παναθηναίοις ἄγεται, οὗ κοινωνεῖν οὐκ ἔξεστι τοῖς ξένοις.

(6) Lo si deduce dal voto che Senofonte (*De Vectig.*, cap. II, 5 e *Ipparch.*, cap. IX, 6) fa perchè vi fossero ammessi.

(7) *Corp. juris attici*, 871 (*Suidas:* μετοίκιον): Τῶν μετοίκων ὁ μὲν ἀνὴρ δώδεκα δραχμὰς τελεῖ μετοίκιον, ἡ δὲ γυνὴ ἕξ· καὶ τοῦ υἱοῦ τελοῦντος, ἡ μήτηρ οὐ τελεῖ, μὴ τελοῦντος δὲ, αὐτὴ τελεῖ, e 27 (*Harpocrat.:* μετοίκιον) Δίδονται δὲ, ὑπ' αὐτῶν καθ'ἕκαστον ἔτος δραχμαὶ δώδεκα, ὅπερ ὀνομάζεται μετοίκιον.

(8) *Corpus juris attici*, 28 (*Suidas:* ἀπροστασίου): Τῶν μετοίκων ἕκαστος προστάτην ἔχει..... καὶ δι' αὐτοῦ τό τε μετοίκιον τίθεται κατὰ ἔτος.

(9) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 53.

(10) Tucidide, lib. II, 13, e IV, 90.

(11) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 53.

(12) Müller Jochmus, Op. cit., pag. 110.

dini, dovevano contribuire nella fanteria e nella marina alla difesa dello Stato. Del resto il diritto ateniese oscillava, nei particolari che li riguardavano, fra un certo rigore ed una certa larghezza, secondo il maggiore o minor bisogno, ch'era sentito in Atene, di popolazione e di capitali (1). Senofonte, sotto l'influenza di tali considerazioni, proponeva di abolire ogni disposizione, che, non essendo utile per la città, fosse incresciosa (2) per i metéci, e di tramandare, per incoraggiamento, alla posterità i nomi degli stranieri, anche non residenti, che fossero stati in qualche guisa utili ad Atene (3). Mentre d'ordinario il militare a cavallo si riteneva troppo grande onore per loro, talora in grandi frangenti si affidava loro anche il comando (4), ed in momenti solenni ai peregrini, non meno che ai cittadini, si rivolgevano gli uomini politici, come a gente non destituite del tutto di competenza (5).

Fossero però più o meno generosamente concesse agli stranieri la partecipazione al diritto civile e la protezione della legge, l'una e l'altra erano subordinate alla condizione che gli stranieri si contenessero come tali, non usurpassero la qualità di cittadini e non si sottraessero alle prestazioni che la legge imponeva ai forestieri. Quelli di loro che non avessero avuto un patrono, o si fossero spacciati per cittadini, o non avessero pagato il metécio, potevano essere denunciati da chiunque avesse voluto (6). L'accusa, detta nei due primi casi Ἀπροστασίου γραφή e nel terzo Ἀπαγωγὴ μετοικίου, era presentata al polemarco; nel procedimento non era ammessa veruna testimonianza d'altri stranieri (7); e se risultava provata la verità dell'accusa, lo straniero colpevole poteva essere venduto come schiavo (8).

(1) De Sainte Croix, *Mém.* citata.

(2) Xenoph., *De Vectigalibus*, cap. II, 2.

(3) Xenoph., *De Vectigal.*, cap. III, 11: Οἶμαι δὲ ἔγωγε, εἰ μέλλοιεν ἀναγραφήσεσθαι εὐεργέται εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον, καὶ ξένους ἂν πολλοὺς εἰσενεγκεῖν, ἔστι δὲ ἃς ἂν καὶ πόλεις τῆς ἀναγραφῆς ὀρεγομένας· ἐλπίζω δὲ καὶ βασιλέας ἄν τίνας καὶ τυράννους καὶ σατράπας ἐπιθυμῆσαι μετασχεῖν ταύτης τῆς χάριτος.

(4) *Corp. jur. attici*, 340: Ἔξεστι καὶ ξένους, ἐνδειξαμένους ὅτι ἀξιολόγοι εἰσίν, εἰς στρατηγίας ἄγειν. Aelian. Var., *Hist.*, XIV, 5, cita i fatti di Apollodoro Cyziceno e di Eraclide Clazomenio, creati generali, quantunque fossero stranieri.

(5) Thucyd., lib. IV, cap. 90, § 1: Ὁ δὲ Ἱπποκράτης ἀναστήσας Ἀθηναίους πανδημεὶ, αὐτοὺς καὶ τοὺς μετοίκους καὶ ξένων ὅσοι παρῆσαν.

(6) Ὅταν τις δοκῶν εἶναι μέτοικος προστάτην μὴ ἔχῃ, ἢ μὴ δῷ τὸ μετοίκιον, ἢ ἀστὸς εἶναι φάσκῃ, παρεγγεγραμμένος εἰς τὴν πολιτείαν, ὁ βουλόμενος δίκην εἰσάγει πρὸς αὐτὸν, ἥτις λέγεται ἀπροστασίου. *Corp. jur. att.*, 28 e 1112 (*Suidas*: ἀπροστασίου).

(7) Müller-Jochmus, Op. cit., pag. 114 e 115, nota 6.

(8) *Corp. jur. att.*, 872: Οἳ μὴ τιθέντες τὸ μετοίκιον μέτοικοι, ἀπάγονται πρὸς τοὺς πωλητάς, καὶ ἐὰν ἁλῶσι πιπράσκονται (*Harpocrat.*: μετοίκιον).

Accanto agli stranieri domiciliati posti in questa condizione, altri ve n'erano esenti dai pesi e dalle incapacità dei metéci, e in tutto od in parte assimilati ai cittadini. Anzi tutto il vario movimento coloniale, oltre alle ἀποικίαι o stabilimenti autonomi, ed alle κληρουχίαι o dipendenze coloniali, aveva formato in molte città greche corporazioni di stranieri, che vi risiedevano stabilmente. La loro residenza non differiva da quella dei metéci se non per ciò, che questi si stabilivano individualmente, soggiacendo alle leggi emanate nel paese riguardo ai forestieri, mentre lo stabilimento di quelli era collettivo, e lo Stato che lo consentiva, concedeva a quelle corporazioni di ospiti, diritti e privilegi di diversi gradi (1). Questo carattere avevano le fattorie greche dell'Egitto; ed avevano nelle città greche le fattorie di Greci d'altre città e di stranieri, specialmente Fenicii; corporazioni i cui membri non si trattavano come metéci, ma formavano una comunità particolare ed autonoma, senza perdere i diritti che godevano in patria (2).

L'assimilazione più o meno piena degli originari di uno Stato nel territorio di un altro ai cittadini di questo poteva poi risultare in diverso grado da una concessione unilaterale di una delle due città, o dalla stipulazione, fra loro seguìta, di eguali vantaggi reciproci. Talora si concedeva l'esenzione dal metécio, talora il diritto di proprietà fondiaria (3) o quello di connubio (4); la concessione di questi tre vantaggi ad un tempo costituiva la cittadinanza nei riguardi del diritto civile o πολιτεία (5); e l'assimilazione pur talora concessa al cittadino, o isopolizia, faceva partecipare lo straniero

(1) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 390.

(2) Schömann, l. c., nota 3.

(3) Anzi questa eccezione presenta nel diritto ellenico una frequenza che è del tutto estranea a quello romano. V. Voigt, l. c., pag. 188, 9.

(4) Egger, pag. 131-2. Scambio di dichiarazioni fra la città dorica cretese di Allaria, e gli Jonii di Paros, pag. 126-8; Patto fra gli Olontiani ed i Latiani: " Ogni cittadino di Lato e di Olonte godrà nella città alleata tutti i diritti religiosi e civili..... i giudici decideranno fra le altre cose dei matrimonii misti... ".

(5) Egger, Op. cit., pag. 279, 280. Decreto dei Delfiani (193 av. Cristo): " che gli ambasciatori e tutti gli abitanti di Teo siano salvi ed inviolabili allo stesso titolo che gli artisti delle feste Dionisiache " e pag. 126-8. Patto fra gli Olontiani e i Latiani: " ... il Latiano sarà in Olonte rispetto agli Olontiani, e l'Olontiano in Lato riguardo ai Latiani, libero di vendere e di comperare, di prestare e di prendere a prestito, e di fare qualunque contratto gli piaccia secondo le leggi dei due paesi. I cittadini di una città assisteranno nell'altra alle Teodesie ed anche ai sacrificii secreti "; pag. 130, nota 2. Trattato fra i Hyerapytniani ed i Magnesiani di Creta. V. su questi pag. 287-290. V. anche Schömann, vol. II, 315.

nello Stato, ad eccezione dei poteri politici, a tutte le cose divine od umane (1).

I metéci ch'erano ormai soggetti all'autorità dello Stato, dov'erano stabiliti, potevano individualmente ottenere gli stessi privilegi, per effetto di un atto unilaterale di volontà dello Stato, che li ospitava. Tale concessione era in Atene di competenza del popolo, e poteva variare da un minimo, che era la semplice esenzione dal tributo annuo (2), ad un massimo che importava la parificazione al cittadino nei diritti civili e talora la stessa facoltà di trattare anche nelle assemblee generali di materie politiche (3), senza potervi però nè giudicare, nè deliberare. Questa assimilazione civile degli stranieri ai cittadini, che poteva concedersi dal popolo ateniese (4) come un premio ai metéci benemeriti, li liberava bensì dai pesi e dagli svantaggi proprii ai forestieri, ma non equivaleva per questo alla naturalizzazione. Ai cittadini erano assimilati nel diritto civile, nell'attitudine a trattare da sè i proprii affari, e nel pagamento delle imposte (5); ma non avevano

(1) Egger, pag. 79-84. Trattato fra Hyerapytna e Prianso: ... " Vi sarà fra gli Hyerapytnii ed i Priansii diritto di concittadinanza, di matrimonio, di acquistare possessioni reciprocamente nei due paesi, in una parola d'aver parte in comune reciprocamente a tutte le cose divine ed umane. Ogni cittadino di una delle due città, che verrà ad abitare nel territorio dell'altra, vi potrà vendere e comperare, prestare e prendere a prestito danaro ad interesse, e fare ogni altra specie di contratti in piena libertà e secondo le leggi stabilite presso l'una e l'altra. Sarà permesso agli uni di seminar nelle terre degli altri, pagando le stesse imposte degli altri cittadini, secondo le leggi dell'una o dell'altra città ". Così il trattato fra Hyerapytna, Prianso e Gortina e il patto di Hyerapytna con una colonia di quella città. Egger, pag. 130, note 1 e 3. Era l'esclusione dalla vita politica che distingueva tutti insieme gli stranieri di ogni gradazione dai cittadini; ed al forestiere si paragonava perciò il cittadino che fosse vissuto estraneo alle cose dello Stato. V. Aristotele, *Politica*, libro VII, capo II, 2, laddove si domanda se sia preferibile la vita spesa nelle cose dello Stato o quella segregata dalla comunità civile come quella del forestiero ἢ μᾶλλον ὁ ξενικὸς καὶ τῆς πολιτικῆς κοινονίας ἀπολελυμένος.

(2) Guilhem de Sainte Croix, *Mémoire sur les métœques* (1785). *Mém. de littérature tirés des Registres de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres*. Vol. XLVIII, pag. 190-6.

(3) De Sainte Croix, l. c., pag. 196.

(4) *Corpus juris attici*, 31: Οἱ ἀπὸ τοῦ μετοικεῖν κατά τινα τιμὴν παρὰ τοῦ δήμου γενομένην κατὰ ψήφισμα μεταβαίνοντες εἰς τὸ τῶν δημοποιήτων δίκαιον, ἰσοτελεῖς ὀνομάζονται· γένεται δὲ τοῦτο τοῖς μετοίκοις ὑπὸ τῆς πόλεως, ὅτε δοκοῦσιν εὖ πεποιηκέναι τὸ κοικόν (*Suidas:* ἰσοτελεῖς).

(5) *Corpus juris attici*, 32: Ἰσοτελεῖς, μέτοικοι τὰ μὲν ξενικὰ τέλη μὴ τελοῦντες, τὰ δὲ ἴσα τοῖς ἀστοῖς τελοῦντες. Secondo Arpocrazio (a questa parola) la isotelìa era un onore col quale si esoneravano i metéci, riputati degni, dal tributo che

parte direttamente alla vita politica dello Stato, e non erano iscritti nelle tribù, fratrie e demi, che suddividevano la popolazione (1).

Così, pur restando in vigore la regola che escludeva gli stranieri dalla tutela giuridica dello Stato, e che attribuiva un carattere esclusivamente nazionale agli istituti del diritto civile, si sottoponeva in varie guise quella regola ad una serie sempre maggiore di eccezioni. Applicarla rigorosamente riuscì sempre difficile in ogni paese giunto ad uno stadio elevato di coltura e di rapporti commerciali; alle piccole comunità greche, scarse di territorio e di popolazione, ciò doveva riuscire del tutto impossibile (2). La materiale impossibilità di mantenersi nell'isolamento bastando a se stesse, le traeva a garantire in diverse proporzioni al forestiere una partecipazione alla vita giuridica dello Stato, finchè le vicende storiche e la lunga consuetudine non ebbero fatto a poco a poco dell'originaria eccezione un'espressione, più corrispondente che non la regola originaria, della realtà delle cose.

30. — Le classi inferiori della popolazione di Sparta differivano radicalmente da quelle dell'Attica. La loro inferiorità aveva avuto pur da principio una causa d'ordine internazionale, ma il modo della loro origine e della loro costituzione era essenzialmente diverso. Atene, infatti, aveva acquistato il predominio dell'Attica, senza attribuire ai proprii abitanti il predominio su quelli del resto del territorio, ma accomunandoli tutti nella stessa cittadinanza. Gli Stati dorici invece erano contraddistinti dalla coesistenza non assimilatrice della popolazione immigrata e conquistatrice, colla popolazione precedente e soggetta (3). I conquistatori, portando seco, come avvenne pure nella moderna storia coloniale, una personalità politica già distintamente costituita, continuarono a considerare in tutto od in parte come stranieri gli originarii abitatori del suolo, anche dopochè sullo stesso territorio prima posseduto da quelli essi avevano trasportato la propria costituzione di Stato.

Tale concetto di estraneità e tale consuetudine di subordinazione si mantennero nella Laconia (4), anche quando ogni traccia di diversa origine era scomparsa (5) dalla popolazione, ed informarono anche

avrebbero dovuto pagare. Teofrasto, *De Legibus*, libro XI, vi ravvisa l'immunità anche dagli altri oneri proprii dei metéci, che veniva conferita come un privilegio anche ad intere città, p. es. agli Olintii ed ai Tebani.

(1) Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 70 e nota 9.
(2) Voigt, l. c., pag. 235, 6.
(3) Grote, l. c., vol. IV, pag. 67.
(4) Schömann, Op. cit., vol. II, pag. 286, 7.
(5) Curtius, *Storia* cit., vol. III, pag. 292-8.

nelle conquiste successive (1) alla formazione del loro Stato, come nel caso dei Messenii, la condotta degli Spartani. Questi pertanto, in numero non superiore ai diecimila (2), erano un popolo di eguali, ma restavano, al cospetto degli altri abitanti della Laconia, una classe di dominatori. Mentre dunque la popolazione libera inferiore di Atene era composta di gente straniera agli abitatori dello Stato, e venuta dal di fuori; quella di Sparta era composta da stranieri alla classe dominante, che avevano preceduto i cittadini sul territorio; i primi corrisponderebbero, nell'epoca nostra, ai forestieri domiciliati sul territorio d'uno Stato; gli altri, per la massima parte, agli Indiani d'America, o agl'indigeni dell'Australia.

Le varie categorie in cui distinguevasi questa popolazione inferiore della Laconia, sono accennate da Senofonte in un passo dove enumera gli iloti, i neodamòdi, gli ipomiòni ed i periéci (3). Che cosa fossero propriamente gli ipomiòni non è ben chiaro. Il loro nome li indica come cittadini colpiti da una *capitis deminutio*, e perciò come la sola fra le classi subordinate, la cui inferiorità non avesse una causa d'indole internazionale; ma non risultano egualmente il carattere e le proporzioni di tale inferiorità. Certo è che, fintantochè la disciplina di Sparta non ebbe degenerato, la trascurata osservanza delle regole di vita imposte da Licurgo bastava ad escludere il colpevole dall'eguaglianza cogli altri cittadini (4). La impossibilità di contribuire per le mense comuni faceva perdere una parte dei diritti politici (5), e la nota d'infamia, inflitta per motivi politici, importava un analogo effetto. In quella veniva poi precisato di volta in volta di quale capacità dovesse intendersi privo il cittadino colpito (6); sicchè si può ritenere che gli ipomiòni non costituissero una classe giuridi-

(1) Curtius, *Storia* cit., vol. I, pag. 205.

(2) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 262, e nota 2.

(3) Xenoph., *Hellen.*, libro III, cap. III, 6. A proposito dell'inchiesta degli Efori circa i congiurati: αὐτοὶ μέντοι πᾶσιν ἔφασαν συνειδέναι καὶ εἵλωσι, καὶ νεοδαμώδεσι, καὶ τοῖς ὑπομείοσι καὶ τοῖς περιοίκοις.

(4) Xenoph., *Resp. Laced.*, cap. X, 7 e 8: Τοῖς μὲν γὰρ τὰ νόμιμα ἐκτελοῦσιν ὁμοίως ἅπασι τὴν πόλιν οἰκείαν ἐποίησε, καὶ οὐδὲν ὑπελογίσατο οὔτε σωμάτων οὔτε χρημάτων ἀσθένειαν· εἰ δέ τις ἀποδειλιάσειε τοῦ τὰ νόμιμα διαπονεῖσθαι, τοῦτον ἐκεῖνος ἀπέδειξε μηδὲ νομίζεσθαι ἔτι τῶν ὁμοίων εἶναι.

(5) Aristotele, *Polit.*, II, 6, 21.

(6) Thucyd., lib. V, cap. XXXIV, 2: Τοὺς δ'ἐκ τῆς νήσου ληφθέντας σφῶν καὶ τὰ ὅπλα παραδόντας, δείσαντες μή τί δια τὴν ξυμφοράν νομίσαντες ἐλασσωθήσεσθαι καὶ ὄντες ἐπίτιμοι νεωτερίσωσιν, ἤδη καὶ ἀρχάς τινας ἔχοντας ἀτίμους ἐποίησαν, ἀτιμίαν δὲ τοιάνδε ὥστε μήτε ἄρχειν μήτε πριαμένους τι ἢ πωλοῦντας κυρίους εἶναι.

camente omogenea, ma, eguali negativamente in ciò, che non godevano appieno dei diritti dei cittadini, si distinguessero fra loro per diversi gradi di incapacità specialmente indicati, quanto a quelli dell'ultima specie, nel decreto che li degradava.

Le altre classi inferiori avevano tutte un'origine d'ordine internazionale. Le popolazioni rustiche, che abitavano i terreni degli Spartani, in parte discendevano dagli antichi servi pubblici, Lelegi, che erano già stati tributari degli Achei, o da famiglie venute in servitù più tardi per effetto di discordie intestine (1); in parte avevano avuto per antenati uomini liberi, che, lottando cogli Spartani invasori, avevano perduto, insieme colla indipendenza politica, anche la libertà personale, ed erano stati ridotti alla condizione di servi della gleba (2). Quelli fra tali servi, che, in premio di servigi militari, venivano liberati, formavano la classe dei neodamòdi.

Da quelli abitatori originari della Laconia, cui era stata conservata dai vincitori dorici la libertà personale ed una parte di proprietà del suolo, era uscita poi, individualmente libera e collettivamente subordinata, la classe dei periéci, elemento importante dello Stato spartano, nel quale ammontarono talora al triplo dei cittadini (3).

Formavano un elemento dello Stato piuttosto come comunità soggette, che come abitanti individualmente asserviti; e dividevano cogli Spartiati il nome di Lacedemoni, che non comprendeva mai, oltre ad essi, le altre classi della popolazione (4). Costituivano comuni separati nel territorio della Laconia; e ne amministravano gli affari con una certa indipendenza, quantunque, come tuttodì avviene in molte dipendenze coloniali, i coloni spartani, viventi nelle stesse località, formassero fra loro una classe privilegiata. Assoggettati in diverso tempo e maniera, ed appartenenti a schiatte diverse, essi non trovavansi tutti nelle medesime condizioni. Mentre però le comunità dei periéci avevano una cerchia assai limitata d'autonomia, i periéci erano, come individui, uomini liberi. Possedevano il suolo e lo coltivavano; esercitavano mestieri ed industrie; il commercio esterno era quasi intieramente nelle loro mani; quantunque non fossero mai atti a coprire magistrature nella repubblica, potevano tuttavia esercitare

(1) Curtius, *Storia* cit., vol. I, pag. 190.
(2) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 236-240.
(3) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 249.
(4) Schömann, Op. cit., vol. I, pag. 257.

all'estero un comando militare (1), od una missione diplomatica (2); ed al servizio militare partecipavano talora non solo per effetto di prestazioni obbligatorie, ma anche spontaneamente (3), al pari dei cittadini e degli alleati perfettamente liberi delle proprie azioni.

La dipendenza dei periéci manifestavasi in ciò, che ai comuni cui appartenevano non competeva una sfera d'azione politica propria, nè partecipavano a determinare gli atti delle autorità spartane, ai cui decreti dovevano senz'altro acconciarsi (4). Sparta sorvegliava quei comuni mediante un suo residente, chiamato *armosto*, e κυθηροδίκης a Citera; e, quando occorreva, l'autorità di questo era francheggiata da una guarnigione (5), e le prestazioni cui quelli abitatori erano tenuti, si riducevano a servigi militari, ed a certi tributi imposti a varii comuni in diversa misura (6).

Tale divisione e subordinazione degli abitanti era comune a molti Stati greci. Dovunque pare che da principio la distinzione delle tribù corrispondesse ad origini diverse (7); ma negli Stati dorici ed in Tessaglia quella distinzione originaria si perpetuava, e si trasfondeva in una varia graduazione di diritti, che avvicinavasi all'idea delle caste. Gli abitatori originari della Tessaglia erano asserviti dalla stirpe degli immigrati col nome di penésti (8); nella stessa condizione trovavansi in Argo i γυμνήσιοι; i Greci dell'Italia inferiore aveano pur essi imposto un giogo simile agli abitanti Pelasgi; ed i Bizantini, venuti da Megara, ai Bitinii, che abitavano intorno alle loro nuove sedi. A Creta, dove la popolazione dorica, anzichè formare un solo Stato, restò frazionata in molte città, una gran parte degli abitanti originarii venne ridotta in condizione simile a quella degli iloti; un'altra parte trova-

(1) Grote, vol. III, pag. 286, nota e Tucidide, libro VIII, cap. XXII, 1.

(2) Tucidide, libro VIII, capo VI, 4. I Lacedemoni mandano a Chio con missione di fiducia Frinis, ἄνδρα περίοικον.

(3) Xenoph., *Hellen.*, lib. V, cap. III, 8. Ad Agesipoli e ad Agesilao, che partono per guerreggiare in Asia, i Lacedemoni aggiungono trenta Spartani. — 9. Πολλοὶ δὲ αὐτῷ καὶ τῶν περιοίκων ἐθελονταὶ καλοί τε κἀγαθοὶ ἠκολούθουν, καὶ ξένοι τῶν τροφίμων καλουμένων, καὶ νόθοι τῶν Σπαρτιατῶν, μάλα εὐειδεῖς τε καὶ τῶν ἐν τῇ πόλει καλῶν οὐκ ἄπειροι.

(4) Grote, vol. III, pag. 289, nota.

(5) Thucyd., lib. IV, cap. LIII, § 2: Τὰ δὲ Κύθηρα νῆσός ἐστιν, ἐπίκειται δὲ τῇ Λακωνικῇ κατὰ Μαλέαν. Λακεδαιμόνιοι δ'εἰσὶ τῶν περιοίκων, καὶ κυθηροδίκης ἀρχὴ ἐκ τῆς Σπάρτης διέβαινεν αὐτόσε κατὰ ἔτος, ὁπλιτῶν τε φρουρὰν διέπεμπον ἀεὶ καὶ πολλὴν ἐπιμέλειαν ἐποιοῦντο.

(6) Schömann, vol. I, pag. 254.

(7) Schömann, vol. I, pag. 159 e seg.

(8) Curtius, vol. I, pag. 101.

vasi in condizione analoga a quella dei periéci lacedemoni. Questi erano detti ipéci: ed abitavano la montagna ed i comuni rustici soggetti alle maggiori città, cui pagavano un annuo tributo (1).

31. — La classe infima della popolazione era formata dovunque dagli schiavi, la cui condizione ripeteva quasi sempre la propria origine da un motivo di ordine internazionale. Od erano infatti prigionieri di guerra non scambiati nè riscattati, che rimanevano in proprietà dei vincitori, e potevano vendersi ad altri greci, se erano di stirpe ellenica, ed anche barbari, se erano barbari (2); od erano venduti a Greci dai mercanti di schiavi, che li avevano in quel modo catturati, od acquistati dai catturanti (3); od erano abitatori di paesi conquistati, assoggettati al popolo conquistatore come servi della gleba. Nell'uno e nell'altro caso, della loro schiavitù era giustificazione la loro estraneità fra genti tanto disposte a confondere il concetto dei diritti dell'uomo con quello delle prerogative del cittadino, e in paesi dove la libertà del cittadino era tutelata da garanzie cui allo Stato stesso non era consentito di derogare (4). Il medesimo concetto, applicato all'affinità delle popolazioni elleniche, informava il diverso grado di commerciabilità degli schiavi greci, in confronto di quelli stranieri.

I servi della gleba formavano a Sparta l'elemento più importante della popolazione servile. Presso gli Spartani, come presso altri Dori, sopratutto importava che l'ordinamento guerresco dei cittadini non degenerasse per altre cure, diverse da quelle delle armi (5). Perciò la condizione subordinata dei popoli conquistati si perpetuò (6) quale una distinzione di casta, ed essi vennero aggregati al suolo che lavoravano a profitto di proprietari spartiati o probabilmente anche periéci (7). Essi avevano perduto non solo, come questi ultimi, la libertà poli-

(1) Curtius, vol. I, pag. 169 e Schömann, vol. I, pag. 366-387.

(2) Schömann, vol. II, pag. 286-7.

(3) Johann Friedrich Reitemeier, *Geschicht und zustand der Sklaverey und Leibeigenschaft in Griechenland*. Berlin, Mylius, 1789, pag. 12-14.

(4) Andocide contro Alcibiade, 18: Καὶ πρὸς μὲν τὰς ἄλλας πόλεις ἐν τοῖς συμβόλοις συντιθέμεθα μὴ ἐξεῖναι μήθ' εἷρξαι μήτε δῆσαι τὸν ἐλεύθερον· ἐὰν δέ τις παραβῇ, μεγάλην ζημίαν ἐπὶ τούτοις ἔθεμεν.

(5) Curtius, vol. I, pag. 168.

(6) *Athenaus*, VI, 102 (271 *f* e 272): Θεόπομπος δ' ἐν ἑβδόμῳ Ἑλληνικῶν περὶ τῶν εἱλώτων λέγων ὅτι καὶ Ἑλεάται καλοῦνται γράφει οὕτως, " Τὸ δὲ τῶν εἱλώτων ἔθνος παντάπασιν ὠμῶς διάκειται καὶ πικρῶς. εἰσὶ γὰρ οὗτοι καταδεδουλωμένοι πολὺν ἤδη χρόνον ὑπὸ τῶν Σπαρτιατῶν, οἱ μὲν αὐτῶν ἐκ Μεσσήνης ὄντες, οἱ δ' Ἑλεάται κατοικοῦντες πρότερον τὸ καλούμενον Ἕλος τῆς Λακωνικῆς ".

(7) Grote, vol. III, pag. 298-300.

tica, ma, a differenza da quelli, anche la libertà personale insieme colla proprietà fondiaria. Di questi iloti ve n'erano anche a Sparta ed in altre città come schiavi domestici; ma non era questo il carattere generale della loro classe, che formava sopratutto la popolazione rustica del paese; mentre, fuori dell'agricoltura, alle prestazioni servili erano obbligati schiavi propriamente detti (δοῦλοι). Ma, oltrechè per la loro missione di coltivatori, erano una parte importante della popolazione anche per effetto del loro numero, ammontando, dopo la conquista della Messenia, a 224,000 sopra un totale di 400,000 abitanti (1).

La loro condizione non era al tutto destituita di garanzie. Stavano in rapporto assolutamente servile verso lo Stato, che solo aveva diritto di liberarli o di impiegarli diversamente, ma non potevano essere uccisi dai padroni delle terre che lavoravano, nè venduti fuori del paese. Inferiori di gran lunga ai liberi, non potevano d'altronde confondersi cogli schiavi comuni, dai quali spesso differivano ancor più di fatto che di diritto, per la coscienza che avevano d'esser greci d'origine oltrechè di lingua, e per la possibilità in cui trovavansi di conseguire una certa agiatezza, e dopo di questa anche la libertà (2). Il loro numero, tanto preponderante su quello dei cittadini, obbligava però questi ad esercitare sugli iloti una sorveglianza continua e minuta ad impedire che tentassero con insidie di rovesciare lo Stato (3); e talora per prevenire le insidie loro si giungeva ad insidiarli, e perfino a farne crudele sterminio (4).

In condizione analoga trovavasi una parte degli uomini ridotti in condizione servile in Tessaglia, in Creta ed in altri Stati dorici. In Creta questi servi della gleba erano detti κλαρῶται od ἀφαμιῶται, quando coltivavano i terreni dei privati, e μνῶιται quando erano addetti a quelli dello Stato; per i servizi occorrenti nelle città i Cretesi servivansi poi di schiavi comperati (5). La condizione dei mnoiti era migliore di quella dei claroti; ma gli uni e gli altri sembrano essere stati meno oppressi degli iloti spartani, e del tutto esenti dall'obbligo

(1) Schömann, vol. I, pag. 240, 1.; Lübker, *Diz. dell'ant. class.*, v. *Iloti*. Traduz. Murero. Loescher, 1891.

(2) Grote, vol. III, pag. 298-300.

(3) Thucyd., lib. IV, LXXX, 3: Ἀεὶ γὰρ τὰ πολλὰ Λακεδαιμονίοις πρὸς τοὺς Εἵλωτας τῆς φυλακῆς πέρι μάλιστα καθεστήκει.

(4) Thucyd., lib. IV, LXXX, 4: Καὶ προκρίναντες ἐς δισχιλίους, οἱ μὲν ἐστεφανώσαντό τε καὶ τὰ ἱερὰ περιῆλθον ὡς ἠλευθερωμένοι, οἱ δὲ οὐ πολλῷ ὕστερον ἠφάνισάν τε αὐτοὺς καὶ οὐδεὶς ᾔσθετο ὅτῳ τρόπῳ ἕκαστος διεφθάνη...

(5) Curtius, vol. I, pag. 168, e Schömann, vol. I, pag. 369, 370.

di prestare servigi personali ai loro padroni, residenti in città. A questi servi agricoltori corrispondevano in Argo i γυμνήσιοι, in Tessaglia i πενέσται, in Sicione i κορυνηφόροι, ed a Scio i θεράποντες, i quali però differivano dagli altri per essere, anzichè originarii abitatori del suolo, coltivatori importati da paesi barbari.

Nello Stato ateniese mancavano del tutto i servi della gleba. Non per questo però il nome di ἄνδρες Ἀθηναῖοι aveva quella universalità di significato e supponeva quell'eguaglianza, che tanti scrittori vi ammirano, quasi dimenticando per un momento l'esistenza e la subordinazione dell'elemento servile (1). Questo costituiva la maggioranza anche nella popolazione dello Stato ateniese, che nel suo fiore contava 365,000 schiavi su 500,000 abitanti (2), e, durante l'amministrazione macedone di Demetrio, 400,000 schiavi in confronto di 127,000 liberi (3). L'origine di tutti gli schiavi v'era pure straniera. In parte erano prigionieri di guerra (4), ritenuti in servitù se barbari, e sovente, se greci, ammessi al riscatto o permutati; in parte erano comperati fra i barbari, o nei mercati che le stesse città greche tenevano di mese in mese a questo scopo (5); od erano discendenti da schiavi che restavano tali (οἰκότριβες) non solo se nati da due genitori schiavi (αμφίδουλοι), ma anche se procreati dai padroni colle schiave. La massima parte dei servi apparteneva in Atene, a differenza da Sparta, in piena proprietà ai privati; lo Stato ne possedeva solo quanti (6) erano necessarii per certi pubblici servigi di ordine inferiore (7).

(1) CAUCHY, *Rapport sur l'Essai sur le droit public et privé de la république Athénienne*, par G. PERROT. *Académie des sciences morales et politiques. Comptes rendus*, V^me^ série, vol. XVIII. Paris, Durant et Pedone-Lauriel, 1864, pag. 275-294, e pag. 294-6. Osservazioni del PASSY. V. anche EUGÈNE VÉRON nella *Revue des cours littéraires*, Paris, Germer Baillère, V^me^ année, 1867-68, pag. 694-6. — Il TROPLONG giudica in genere la costituzione ateniese dal punto di vista di Senofonte. V. *Des républiques d'Athènes et de Sparte* nelle *Mémoires de l'Académie des sciences morales et politiques de l'Institut de France*, t. VIII. Paris, Firmin Didot, 1852, pag. 561-626.

(2) SCHÖMANN, vol. II, pag. 3.

(3) GROTE, Op. cit., vol. XIX, pag. 107.

(4) XENOPH., *Cyropaedia*, VII, 5, 73: Καὶ μηδεὶς γε ὑμῶν ἔχων ταῦτα νομισάτω ἀλλότρια ἔχειν· νόμος γὰρ ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ τῶν ἑλόντων εἶναι καὶ τὰ σώματα τῶν ἐν τῇ πόλει καὶ τὰ χρήματα.

(5) REITEMEIER, l. c., pag. 76.

(6) Da 300 a 1200.

(7) *Corpus juris attici*, 49: Δημόσιος, ὁ τῆς πόλεως δοῦλος, πρὸς ὑπηρεσίαν τῶν δικαστηρίων καὶ τῶν κοινῶν τόπων καὶ ἔργων. Per antico uso (V. commento a quell'articolo) i servi pubblici erano chiamati Sciti e saettatori; Σκύθαι καὶ τοξόται.

Pare che nell'antichissimo periodo della loro storia i Greci non avessero conosciuta la schiavitù (1); nè questa certo fu disumana nella fase più antica della sua esistenza. Allora la servitù era semplicemente domestica, e la semplicità della vita e il primitivo sviluppo civile lasciava sussistere fra il padrone e lo schiavo quel rapporto costante ed intimo che più tardi il contrasto della vita economica e della fierezza gentilizia doveva interrompere (2).

In Atene gli schiavi erano anche più tardi trattati meglio che presso gli altri greci, e quelli dello Stato trovavansi in condizione migliore che quelli dei privati. Gli uni e gli altri erano però egualmente protetti dalla legge contro l'assassinio (3); sicchè si può dire che, tenuti in conto di *cose* quanto alle azioni loro, venissero considerati come persone quanto agli atti illeciti altrui diretti contro di loro. I servi dello Stato erano per sempre sottratti all'arbitrio dei privati, cui non potevano essere venduti, e cui restava interdetto qualunque atto violento a loro riguardo (4), come riguardo agli schiavi di altri privati, rispetto ai quali Senofonte deplorava che non essendo lecito agli uomini liberi di batterli, s'incoraggiasse così la loro licenza (5). Oltre a questa protezione della persona potevano avere anche una certa individualità d'esistenza economica, che talora veniva loro concessa subordinatamente a quella dei padroni, sia che questi li affittassero ad altri uomini liberi per compiere determinati lavori, sia che li lasciassero lavorare per loro conto verso il corrispettivo di un determinato contributo (6).

(1) Herodot., libro VI, cap. CXXXVII, 4: ... οὐ γὰρ εἶναι τοῦτον τὸν χρόνον σφίσι κω οὐδὲ τοῖσι ἄλλοισι Ἕλλησι οἰκέτας.

(2) Reitemeier, l. c., pag. 14 e 30, 1.

(3) *Corp. jur. att.*, 1126: Η ψῆφος ἴσον δύναται τῷ δοῦλον ἀποκτείναντι καὶ τῷ ἐλεύθερον.

(4) Demosth. *adv. Nicostrat.*, 1254: Οὐ προσήκει ἰδιώτῃ τοὺς δημοσίους δούλους βασανίζειν, ἀλλὰ δεῖ τὴν ἀρχὴν ἢ τοὺς ᾑρημένους ὑπὸ τῆς βουλῆς γράφεσθαι, καὶ κατασημηναμένους τὰς βασάνους, ὅ τι εἴποιεν οἱ ἄνθρωποι, παρέχειν εἰς τὸ δικαστήριον.

(5) Xenoph., *Resp. Athen.*, cap. I, 10, 11: Τῶν δούλων δ'αὖ καὶ τῶν μεθοίκων πλείστη ἐστὶν Ἀθήνησιν ἀκολασία, καὶ οὔτε πατάξαι ἔξεστιν αὐτόθι οὔτε ὑπεκστήσεταί σοι ὁ δοῦλος... ὅπου δ'εἰσὶ πλούσιοι δοῦλοι, οὐκέτι ἐνταῦθα λυσιτελεῖ τὸν ἐμὸν δοῦλον σὲ δεδιέναι· ἐν δὲ τῇ Λακεδαίμονι ὁ ἐμὸς δοῦλος σὲ δέδοικεν.

(6) Gli schiavi, specialmente di stranieri che abitavano in Atene, attendevano ad una occupazione per conto del loro padrone ed anche per proprio conto mediante il pagamento al padrone stesso d'un contributo detto ἀποφορά. *Harpocrat.* (*Corp. jur. attici*, 1469): Ἀποφορά, ἡ τελουμένη παρὰ τῶν δούλων τοῖς δεσπόταις. — Xenoph., *De Vectigal.*, IV, 14: Πάλαι μὲν γὰρ δήπου οἷς μεμέληκεν ἀκηκόαμεν ὅτι Νικίας ποτὲ ὁ Νικηράτου ἐκτήσατο ἐν τοῖς ἀργυρείοις χιλίους ἀνθρώπους, οὓς

Eccettuate queste facoltà connesse sopratutto colla sua vita economica, lo schiavo trovavasi naturalmente escluso da tutti i diritti proprii dei cittadini, verso i quali restava sotto ogni aspetto in condizione d'inferiorità. Escluso in modo assoluto dalla famiglia politica, cui era estraneo anche per la sua origine forestiera, non poteva in veruna guisa partecipare al governo dello Stato (1); era obbligato bensì a contribuire alla sua difesa, e nei maggiori pericoli era assunto indistintamente coi liberi per formare l'equipaggio delle navi da guerra (2). Alle cose sacre non potevano pienamente partecipare (3). La testimonianza del servo poteva essere assunta in giudizio anche contro l'uomo libero (4) accusato di omicidio. Lo schiavo però nei suoi rapporti civili non aveva una personalità in giudizio; le azioni rivolte contro di lui dovevano essere esposte davanti alla stirpe del padrone (5); e quando era il servo che voleva agire in giudizio, il magistrato doveva assegnargli un procuratore che ne completasse la manchevole capacità (6).

32. — Perchè tale capacità si assimilasse o per lo meno si avvicinasse, nei riguardi del diritto civile, a quella dei cittadini, lo schiavo doveva essere emancipato. Il che, se pur non lo parificava a quelli, come membro dello Stato, gli ridonava ciononostante una personalità davanti alla legge. A Sparta gli schiavi ottenevano la libertà specialmente in premio di servigi militari; se avevano servito in grave armatura diventavano liberi: se come scudieri od armati alla leggiera, potevano aspirare alla libertà, come premio degli atti di valore compiuti (7).

ἐκεῖνος Σωσίᾳ τῷ Θρᾳκὶ ἐξεμίσθωμεν, ἐφ' ᾧ ὀβολὸν μὲν ἀτελῆ ἑκάστου τῆς ἡμέρας ἀποδιδόναι, τὸν δ' ἀριθμὸν ἴσους ἀεὶ παρεῖχεν... 16. Ἀτὰρ τί τὰ παλαιὰ δεῖ λέγειν; καὶ γὰρ νῦν πολλοί εἰσιν ἐν τοῖς ἀργυρείοις ἄνθρωποι οὕτως ἐκδεδομένοι.

(1) *Corpus juris attici*, 39: Τὸν φύσει δοῦλον γενόμενον μὴ μετέχειν τῆς πολιτείας (*Dio Chrysostom.*, XV, 239).

(2) Xenoph., *Hellen.*, lib. I, cap. VI, 24: Οἱ δὲ Ἀθηναῖοι τὰ γεγενημένα καὶ τὴν πολιορκίαν ἐπεὶ ἤκουσαν, ἐψηφίσαντο βοηθεῖν ναυσὶν ἑκατὸν καὶ δέκα, εἰσβιβάζοντες τοὺς ἐν ἡλικίᾳ ὄντας ἅπαντας καὶ δούλους καὶ ἐλευθέρους.

(3) *Corpus juris attici*, 463: Τὴν δούλην καὶ τὴν ἅπαντα τὸν χρόνον αἰσχρῶς βιοῦσαν οὔτε παρελθεῖν εἴσω τοῦ ἱεροῦ, οὔτ' ἰδεῖν τῶν ἔνδον οὐδὲν, οὔσης τῆς θυσίας ταύταις ταῖς θεαῖς, e 447: Μὴ ὄνομα πεντετηρίδος τίθεσθαι δούλῃ ἢ ἀπελευθέρᾳ ἢ πόρνῃ ἢ αὐλητρίδι.

(4) V. Plat., *Leg.*, XI, 937, A. B., ed anche per il fanciullo: Μαρτυρεῖν ἔξεστι δούλῳ κατὰ τοῦ ἐλευθέρου τὸν φόνον.

(5) *Corpus juris attici*, 647: Πρὸς τὴν φυλὴν τοῦ κεκτημένου αἱ πρὸς τοὺς δούλους λαγχάνονται δίκαι.

(6) *Corpus juris attici*, 729: ..... καὶ τῷ δούλῳ, ὅτι ἀπρόσωπός ἐστι, καὶ ὅτε κινήσει κατὰ τοῦ δεσπότου αὐτοῦ, ὑπὲρ ἐλευθερίας ἀγωνιζόμενος, ὀφείλει ὁ δικαστὴς διδόναι τούτῳ συνήγορον.

(7) Thucyd., lib. V, cap. XXXIV, 1: Καὶ τοῦ αὐτοῦ θέρους ἤδη ἡκόντων αὐτοῖς τῶν

Talora, indipendentemente da atti di valore, si concedeva la libertà agli schiavi che si riscattavano. Ciò avveniva sopratutto nelle maggiori strettezze dello Stato, come quando Cleomene coi riscatti pagati dagli schiavi, in ragione di 5 mine per uno (1), raccolse 500 talenti ed armò 2000 uomini alla maniera macedone. Questi iloti affrancati formavano la classe dei neodamòdi, che aveva diritti simili a quelli dei periéci. Nella stessa condizione trovavansi pure gli ἀδέσποτοι o ἀφέται, che erano schiavi propriamente detti, i quali avevano ottenuta l'emancipazione (2); e gli uni come gli altri differivano dagli schiavi in quanto avevano conseguita la libertà personale (3), ma non si confondevano cogli Spartani, non formando insieme con questi parte della popolazione sovrana dello Stato.

Così era anche in Atene; gli schiavi emancipati passavano nella condizione dei metéci (4), il che riprova come sotto il concetto di schiavitù vi stesse sempre a giustificarlo e vi sopravvivesse quello di estraneità. Infatti lo schiavo, dopo aver ottenuta la libertà, restava così anche in Atene, non già un cittadino (5), ma uno straniero libero in tutto, fuorchè nella scelta del patrono. Soltanto in via del tutto eccezionale e come premio di grandi atti di valore, alla concessione della libertà poteva farsi seguire anche quella della cittadinanza (6); ma di regola l'affrancato non era che un metéco un po' diminuito (7).

ἀπὸ Θρᾴκης μετὰ Βρασίδου, ἐξελθόντων στρατιωτῶν οὓς ὁ Κλεαρίδας μετὰ τὰς σπονδὰς ἐκόμισεν, οἱ Λακεδαιμόνιοι ἐψηφίσαντο τοὺς μὲν μετὰ Βρασίδου Εἵλωτας μαχεσαμένους ἐλευθέρους εἶναι καὶ οἰκεῖν ὅπου ἂν βούλωνται, καὶ ὕστερον οὐ πολλῷ αὐτοὺς μετὰ τῶν νεοδαμωδῶν ἐς Λέπρεον κατέστησαν, κείμενον ἐπὶ τῆς Λακωνικῆς καὶ τῆς Ἠλείας, ὄντες ἤδη διάφοροι Ἠλείοις.

(1) Plutarch., *Cleomen.*, XXIII, *d:* Τῶν μὲν εἱλώτων τοὺς πέντε μνᾶς Ἀττικὰς καταλαβόντας ἐλευθέρους ἐποίησε.

(2) *Athenaeus*, VI, 102 (271 *e* ed *f*): Μύρων δ'ὁ Πριηνεύς ἐν δευτέρῳ Μεσσηνιακῶν: " Πολλάκις (φησὶν) ἠλευθέρωσαν Λακεδαιμόνιοι δούλους καὶ οὓς μὲν ἀφέτας ἐκάλεσαν οὓς δὲ ἀδεσπότους, οὓς δὲ ἐρυκτῆρας, δεσποσιοναύτας δ'ἄλλους, οὓς εἰς τοὺς στόλους κατέτασσαν· ἄλλους δὲ νεοδαμώδεις, ἑτέρους ὄντας τῶν εἱλώτων ".

(3) Thucyd., lib. VII, LVIII, 3, parlando dei Greci accorsi in aiuto dei Siracusani contro gli Ateniesi, definisce i neodamòdi: Τῶν δ'ἔξω Σικελίας Ἑλλήνων Λακεδαιμόνιοι μὲν ἡγεμόνα Σπαρτιάτην παρεχόμενοι, νεωδαμώδεις δὲ τοὺς ἄλλους καὶ Εἵλωτας (δύναται δὲ τὸ νεοδαμῶδες ἐλεύθερον ἤδη εἶναι).

(4) *Corpus juris attici*, 873 (*Harpocrat.:* Μετοίκιον): Οἱ δοῦλοι ἀφεθέντες ὑπὸ τῶν δεσπότων τελοῦσι τὸ μετοίκιον πρὸς δε ταῖς δώδεκα καὶ τριώβολον τελοῦσι.

(5) Reitemeier, l. c., pag. 102-4.

(6) *Corp. jur. att.*, 45: Τοὺς συμμαχήσαντας ἐν Ἀργινούσαις δούλους ἐλευθεροῦσθαι καὶ ἐγγραφέντας ὡς Πλαταιεῖς συμπολιτεύεσθαι. — V. (Diodoro, XX, 84, 3) un decreto analogo dei Rodii colla condizione di pagare il riscatto.

(7) Anch'essi, al pari dei metéci e degli altri stranieri, prendevano parte in condizione subordinata alle pubbliche feste. V. *Corp. jur. att.*, 441: Τοὺς

Modi di liberazione più frequenti e normali erano l'emancipazione per testamento (απελευθέρωσις), e il riscatto ottenuto direttamente dallo schiavo, compensando il padrone che v'avesse consentito, coi proprii risparmi (1). Comunque liberati, gli schiavi, ad eccezione di quelli che ottenevano anche la cittadinanza, essi restavano, anche dopo l'emancipazione, soggetti ai loro antichi proprietari come a patroni. E ogni qualvolta si fossero ribellati contro di questi, od avessero scelto un altro patrono, o non si fossero uniformati alle leggi, il patrono leso nei suoi diritti di supremazia, poteva muovere contro di loro una querela detta *di defezione*, che dava per risultamento, se l'accusato era trovato innocente, l'acquisto completo e definitivo della libertà, e, se era provata la verità dell'accusa, il suo ritorno in servitù (2).

Questa apparisce in Grecia, come fu più tardi nelle colonie europee durante l'età moderna, una istituzione resa possibile e giustificata da un concetto sfavorevole in cui si teneva l'estraneità politica combinata colla diversità di razza. Quando manca il concetto dei diritti dell'uomo, perfetti in sè, indipendentemente dai limiti d'uno Stato o d'un sistema di Stati, è naturale che ciascuna società, più o meno largamente costituita, ravvisi potenzialmente i proprii schiavi (3) nei membri delle società che stanno fuori della sua cerchia. Ma chi esamini la condizione ch'era fatta in Grecia allo schiavo, non può dirla peggiore che negli Stati dove quel flagello si diffuse durante il moderno sviluppo coloniale; anzi, volendo fare il paragone, la bilancia penderebbe piuttosto in favore dell'antica Grecia, e specialmente dello Stato ateniese, dove la condizione degli schiavi presentava piuttosto qualche analogia con quella che tuttora sussiste in molti paesi musulmani.

33. — In un sistema politico che faceva della stessa libertà un privilegio, che collegava il concetto religioso coll'idea dello Stato, e che al vincolo risultante dall'appartenere a questo dava un assoluto limite territoriale, era naturale che anche la cittadinanza si considerasse come un privilegio assai difficilmente conseguibile e facilmente

ἀπελευθερωθέντας δούλους καὶ ἄλλους βαρβάρους κλαδόν δρυὸς ἕκαστον διὰ τῆς ἀγορᾶς ἐν τῇ τῶν Παναθηναίων ἑορτῇ φέρειν.

(1) *Corpus juris attici*, 1466: Τοῖς δούλοις ἐξεῖναι ἑαυτοὺς ἐλευθερῶσαι ἀργύριον καταβαλόντας τῷ δεσπότῃ.

(2) *Corpus juris attici*, 1472 (*Harpocration*): Ἀποστασίου δίκη τις ἐστὶ κατὰ τῶν ἀπελευθερωθέντων δεδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν, ἐὰν ἀφιστῶνταί τι ἀπ'αὐτῶν, ἢ ἕτερον ἐπιγράφωνται προστάτην, καὶ ἃ κελεύουσιν οἱ νόμοι μὴ ποιῶσιν, καὶ τοὺς μὲν ἁλόντας δεῖ δούλους εἶναι, τούς δε νικήσαντας τελέως ἤδη ἐλευθέρους.

(3) Aristot., *Polit.*, I, 2: ...ὡς ταὐτὸ φύσει βάρβαρον καὶ δοῦλον ὄν.

perduto. Quel privilegio era riservato alle genti che originariamente avevano fondato ed occupato lo Stato; ma della conservazione del vincolo nazionale anche da parte di chi si era trasferito in paese diverso da quello, non s'aveva in generale alcun concetto (1).

Sparta era a tale riguardo particolarmente rigorosa; poichè anche chi fosse stato discendente da Spartani e dimorante nello Stato perdeva i diritti di cittadino quando non avesse adempiuto esattamente i doveri del servizio militare, o altrimenti si fosse sottratto dall'osservanza delle leggi (2). E quando fin dalla nascita il figlio di cittadini fosse apparso fisicamente inetto a quella osservanza, fin d'allora veniva privato del diritto dei cittadini, ed, esposto sul Taigeto, era allevato fra i figli dei periéci (3).

Pure Sparta non era assolutamente inaccessibile ad ogni elemento forestiero. L'osservanza scrupolosa e diuturna della disciplina spartana poteva avervi eccezionalmente per effetto l'assimilazione agli Spartani di uomini originariamente stranieri (4). Così, se ne erano degni e possedevano sufficiente patrimonio, potevano essere assunti alla cittadinanza i τρόφιμοι, cioè quelli stranieri che erano stati mandati dai genitori a Sparta per esservi educati cogli Spartani (5); ed i motaci, o figli di iloti educati cogli Spartani, potevano ottenere di completare i vantaggi della libertà anche colla cittadinanza. In tal guisa, sia pure indirettamente, elementi non lacedemoni aggregavansi mediante la naturalizzazione alla cittadinanza spartana (6) ed una comunità chiusa ed esclusiva come quella di Sparta veniva talora

(1) Vedi pag. 52, 58, 60.

(2) Xenoph., *Resp. Laced.*, cap. X, 7: Ἐπέθηκε δὲ καὶ τὴν ἀνυπόστατον ἀνάγκην ἀσκεῖν ἅπασαν πολιτικὴν ἀρετήν. τοῖς μὲν γὰρ τὰ νόμιμα ἐκτελοῦσιν ὁμοίως ἅπασι τὴν πόλιν οἰκείαν ἐποίησε, καὶ οὐδὲν ὑπελογίσατο οὔτε σωμάτων οὔτε χρημάτων ἀσθένειαν· εἰ δέ τις ἀποδειλιάσειε τοῦ τὰ νόμιμα διαπονεῖσθαι, τοῦτον ἐκεῖνος ἀπέδειξε μηδὲ νομίζεσθαι ἔτι τῶν ὁμοίων εἶναι e Plutarch., *Instituta Laconica*, 21: Τῶν πολιτῶν ὃς ἂν μὴ ὑπομείνῃ τὴν τῶν παίδων ἀγωγὴν, οὐ μετεῖχε τῶν τῆς πόλεως δικαίων.

(3) Curtius, vol. I, pag. 193.

(4) Plutarch, *Instituta Laconica*, 22: Ἔνιοι δ'ἔφασαν, ὅτι καὶ τῶν ξένων ὃς ἂν ὑπομείνῃ ταύτην τὴν ἄσκησιν τῆς πολιτείας, κατὰ τὸ βούλημα τοῦ Λυκούργου μετεῖχε τῆς ἀρχῆθεν διατεταγμένης μοίρας.

(5) Xenoph., *Hellen.*, V, 3, 9: Πολλοὶ δὲ αὐτῷ καὶ τῶν περιοίκων ἐθελονταὶ καλοὶ κἀγαθοὶ ἠκολούθουν, " καὶ ξένοι τῶν τροφίμων καλουμένων ", καὶ νόθοι τῶν Σπαρτιατῶν, μάλα εὐειδεῖς τε καὶ τῶν ἐν τῇ πόλει καλῶν οὐκ ἄπειροι.

(6) *Athenaeus*, VI, 102 (271 *e* ed *f*): Οἱ δὲ μόθακες καλούμενοι παρὰ Λακεδαιμονίοις ἐλεύθεροι μέν εἰσιν, οὐ μὴν Λακεδαιμόνιοι. Λέγει δὲ περὶ αὐτῶν Φίλαρχος..... " Εἰσὶ δ'οἱ μόθακες σύντροφοι τῶν Λακεδαιμονίων... εἰσὶ οὖν... ἐλεύθεροι, οὐ μὴν Λακεδαιμόνιοι, μετέχουσι δὲ τῆς παιδείας πάσης· τούτων ἕνα φασὶ γενέσθαι καὶ Λίσανδρον τὸν καταναυμαχήσαντα τοὺς Ἀθηναίους, πολίτην γενόμενον δι' ἀνδραγαθίαν ".

rifornita di nuovo sangue sia aggregando alla cittadinanza qualche suddito per premiarne i meriti speciali verso la patria, sia pareggiando in certo modo e sotto determinate condizioni, come l'adozione, il possesso ed il consenso dei re, gli effetti dell'educazione alle ragioni della nascita (**1**). I neodamòdi non erano per sè cittadini (**2**), ma talora potevano pur essi diventare tali, come avvenne in seguito alle perdite subìte dagli Spartani durante la seconda guerra Messenica (**3**). Sicchè per varie guise era pure aperto l'adito della cittadinanza spartana agli elementi stranieri, e quella che faceva difetto era l'ammissione di stranieri non nati, nè educati, nè vissuti prima in rapporto di soggezione collo Stato spartano.

Di tali naturalizzazioni unico esempio al tempo di Erodoto era stato quello dei due Elei, ascritti alla cittadinanza al tempo della seconda guerra persiana (**4**); e Plutarco cita (**5**) come effetto di motivi del tutto eccezionali un altro solo esempio: quello del poeta Tirteo. E quanto si ritenesse straordinario favore presso quei popoli l'ammissione di stranieri, punto connessi collo Stato, a parteciparvi a tutti i diritti, la concessione cioè di quella che ora direbbesi grande naturalizzazione, è pur provato dal fatto delle trattative, che Erodoto riporta, tra Sparta e que' due Elei, e dagli esempi che questi adducevano per suffragare la propria domanda. Poichè alla prima enunciazione della pretesa di Tisameno, figlio di Antioco, che poneva la propria naturalizzazione come condizione al proprio cooperar nella guerra, gli Spartani se ne sdegnarono come per domanda stravagante (**6**). E quando, adattatisi questi alla sua pretesa, egli domandò che alle stesse condizioni si facesse cittadino anche il suo fratello Egia, addusse l'esempio di Melampo, che, per liberare dal furore le donne di Argo, volle una parte del regno per sè ed una parte per il suo fratello Biante (**7**).

34. — Quantunque Atene fosse un campo meno chiuso di Sparta agli elementi stranieri, pure anche in quella città la loro ammissione

(1) Curtius, vol. I, pag. 193.
(2) Schömann, vol. I, pag. 246.
(3) Lübker, *Dizionario dell'antichità classica*, v. νεοδαμώδοι.
(4) Herodot., lib. IX, cap. XXXV, 2: Μοῦνοι δὲ δὴ πάντων ἀνθρώπων ἐγένοντο οὗτοι Σπαρτιήτῃσι πολιῆται.
(5) Plut., *Apophthegmata Laconica:* Παυσανίου τοῦ Κλεμβρότου, 3: Πυνθανομένου δὲ τίνος, διὰ τί Τυρταῖον τὸν ποιητὴν ἐποιήσαντο πολίτην, Ὅπως, ἔφη, μηδέποτε ξένος φαίνηται ἡμῶν ἡγεμών.
(6) Herodot., lib. IX, cap. XXIII, 6... δεινὰ ἐποιεῦντο.
(7) Herodot., lib. IX, cap. XXIII, 7 e XXIV.

trovava ostacoli che alle società moderne parrebbero eccessivi; come lo prova il fatto che, al tempo di Pericle, quando la popolazione dell'Attica ammontava a mezzo milione, i cittadini ateniesi non erano che 19,000. Anche colà la religione era strettamente connessa colla nazionalità, e questa colla purezza della discendenza. Il cittadino onorando il nume nazionale, Apollo, mostrava di essere di discendenza ateniese, ed onorando Giove Irchio (1), come capo stipite conservatore della parentela, d'essere stabilito nel paese (2). L'osservanza della religione nazionale, che confondeva l'alto tradimento col sacrilegio, era dunque una condizione per conservare i privilegi del cittadino; ma la purità della razza era una condizione indispensabile per poter senz'altro partecipare al culto della città (3). La combinazione di queste due cause poneva pertanto fra cittadini e stranieri una barriera, nella quale i primi doveano esser tanto meno disposti ad aprir delle breccie in quanto che la mistione del sangue straniero minacciava, nel tempo stesso che la dissoluzione dei vincoli gentilizi, anche la violazione dei culti domestici (4).

Perciò alla qualità di cittadino non aveano diritto se non quelli che fossero stati generati da due cittadini (5), e solo eccezionalmente, e sotto la pressione di necessità politiche ed economiche, si ammise che fosse titolo sufficiente la nazionalità d'uno soltanto dei genitori (6). L'Ateniese nato in queste condizioni non era però ancor cittadino, ma aveva soltanto un titolo alla cittadinanza d'origine, che era effettivamente conseguita quando, raggiunto il diciottesimo anno, egli prestava giuramento ed era iscritto nei registri dei cittadini (7). E quando

(1) *Corp. jur. att.*, 10: Τούτος μέτεστι τῆς πολιτείας, οἷς ἐστι Ζεὺς ἕρκειος, ᾧ βωμὸς ἐντὸς ἕρκους ἐν τῇ αὐλῇ ἵδρυται.

(2) Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 270 e 287.

(3) Herodot., lib. V, cap. LXXII, 4, 5. A Cleomene che vuol entrare nel tempio di Minerva sull'acropoli di Atene, la sacerdotessa dice, mentr'egli sta per entrare nel penetrale della Dea per consultarla: " ὦ ξεῖνε Λακεδαιμόνιε, πάλιν χώρεε μηδ᾽ ἔσιθι ἐς τὸ ἱρόν. οὐ γὰρ θεμιτὸν Δωριεῦσι παριέναι ἐνθαῦτα. — Ὁ δὲ εἶπε: ὦ γύναι, ἀλλ᾽ οὐ Δωριεύς εἰμι, ἀλλ᾽ Ἀχαιός ".

(4) Curtius, vol. II, pag. 251, 2.

(5) Aristot., Ἀνηναῖων πολιτεία, col. 21, cap. XLII e *Corp. jur. att.*, 11: Μόνους Ἀθηναίους εἶναι τοὺς ἐκ δυοῖν Ἀθηναίων γεγονότας.

(6) *Corp. jur. att.*, 12: Τὸν πρὸ Εὐκλείδου γεγονότα, εἰ καὶ κατὰ θάτερα ἀστὸς ἦν, εἶναι πολίτην προσήκει. — Aristotele (*Economico*, II, 2, 3) ricorda che anche presso i Bizantini si esigeva la nazionalità d'entrambi i genitori come condizione di quella dei figli, ma che quel popolo, trovatosi in bisogno di danaro, stabilì bastasse la nazionalità d'un solo genitore purchè i figli pagassero all'erario 30 mine.

(7) *Corpus juris attici*, 13-16.

taluno fosse restato senza figli, poteva bensì adottarne, ma la curia dell'adottante, cui questo presentava l'adottato, lo riceveva solo nel caso che appartenesse alla città (1). Matrimonio legittimo non era considerato se non quello contratto fra due cittadini. Fu Pericle che a tale riguardo ristabilì il rigore dell'antica legislazione (2); sicchè quando più tardi egli si propose di far riconoscere ancora nei riguardi dei figli la legittimità dei matrimonii misti e non vi riuscì, trovò un ostacolo legale insormontabile alla sua unione con Aspasia. I figli di un tale matrimonio sarebbero stati davanti alla legge illegittimi (3) e come tali in condizione inferiore nei riguardi della parentela (4), della successione (5) e sopratutto del diritto di cittadinanza. Per evitare tali conseguenze era necessario che fra la città, il cui suddito contraeva quel matrimonio, e lo Stato, cui apparteneva l'altro coniuge straniero, esistesse una stipulazione generale d'isopolizia, oppure una speciale stipulazione che consentisse quel connubio (6).

Più ancora che l'adozione nel campo dei rapporti famigliari, la naturalizzazione può dirsi però in quello dei rapporti nazionali un istituto necessario. Ma sarebbe stato anche in Atene in disarmonia col concetto greco della cittadinanza, un sistema di norme troppo facili circa la naturalizzazione; ed il proposito di Dionigi di Siracusa (7) di concedere la nazionalità a tutti gli stranieri domiciliati ed a tutti gli schiavi messi in libertà, apparisce fra le genti elleniche, dopo il periodo delle origini, come del tutto eccezionale.

(1) Auger, *Traité de la juridiction et des lois d'Athènes pour servir à l'intelligence des harangues d'Eschine et de Demosthène*, pag. 293, 4 del primo volume delle *Œuvres complètes de Demosthène et d'Eschine*, traduites par l'abbé Auger. Paris, Bossange, an 2e, *Rép.*

(2) Curtius, vol. II, pag. 251, 2.

(3) *Corpus juris attici*, 1342: Ὃς ἂν μὴ ἐξ ἀστῆς γένηται, νόθον εἶναι..... 1343: Νόθος, ὁ ἐκ ξένης ἢ παλλακίδος.

(4) *Corp. jur. att.*, 1345: Νόθῳ μηδὲ νόθῃ εἶναι ἀγχιστείαν μήθ' ἱερῶν μήθ' ὁσίων ἀπ' Εὐκλείδου ἄρχοντος.

(5) *Corp. jur. att.*, 1395: Νόθῳ μὴ εἶναι ἀγχιστείαν, παίδων ὄντων γνησίων· ἐάν δὲ παῖδες μὴ ὦσι γνήσιοι, τοῖς ἐγγυτάτω τοῦ γένους μετεῖναι τῶν χρημάτων. — 1396: Τὰ τοῖν νόθοις ἐκ τῶν πατρώων διδόμενα, νοθεῖα καλεῖται· ἔστι δὲ μέχρι χιλίων δραχμῶν. — 1397: Τὸν γνήσιον καὶ τὸν νόθον ἰσοκληρονόμους εἶναι ἐὰν τὸν νόθον ὁ πατὴρ εἰς τὴν οἰκίαν εἰσαγάγῃ.

(6) V. il patto fra gli Olontiani ed i Latiani, ap. Egger, op. cit., pag. 126-8: " Ogni cittadino di una città godrà nell'altra di tutti i diritti religiosi e politici... I giudici decideranno fra le altre cose dei matrimonii misti ".

(7) Guilhem de Sainte Croix, *Mémoire sur les anciens gouvernements et les lois de la Sicile. Mémoires de littérature tirés des Registres de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres*, vol. XLVIII, pag. 130. Paris, Imprimerie Impériale, 1808.

Siccome si trattava di assumere uno straniero nello Stato, in un sistema di Stato il cui vincolo era tutto locale e fecondo di doveri pur essi del tutto locali (1), il paese, cui si domandava la naturalizzazione, doveva assicurarsi che, se mancavano nello straniero le condizioni d'origine considerate come titolo alla cittadinanza, non gli facessero difetto le condizioni di libertà e di dimora ch'erano garanzia necessaria del successivo adempimento dei suoi nuovi doveri. Perciò si esigeva la stabile dimora nell'Attica, ch'era sicura prova di scioglimento d'ogni vincolo nazionale antecedente e del serio proponimento di stringere il vincolo nuovo con intento di perpetuità (2).

Dalla condizione del domicilio non si prescindeva, prima della decisiva decadenza di Atene, se non che per gravi considerazioni politiche in favore di qualche città, come nel caso di Platea (3), o di principi stranieri, come nel caso di Aribba, principe dei Molossi e di Dionigi di Siracusa (4). Data questa condizione del domicilio, più facile era la concessione della cittadinanza a quelli che avessero egregiamente operato in favore dello Stato, come fu il caso dei metéci che aveano partecipato alla battaglia delle Arginuse, od a quelli che per lo Stato fossero disposti a sacrificarsi (5).

Mutando però le circostanze e le vicende della popolazione si ebbero talora, anche senza tali condizioni, naturalizzazioni facili e numerose, come quando Clistene iscrisse nel ruolo dei cittadini un gran numero di industriali e di manifatturieri dimoranti nell'Attica (6). Col declinare poi di Atene vi divenne sempre più facile l'assunzione alla cittadinanza. Già al tempo di Demostene, il grande oratore deplorava che la qualità di cittadino di Atene si prodigasse e vendesse ad usurai e ad altra gente non meritevole (7). Più degradò

(1) Freemann, *Greater Greece and Greater Britain*. London, Macmillan, 1886, pag. 19 e 23.

(2) *Corp. jur. att.*, 17 (*Lex Solonis ap. Plutarch. in Solon.*, 24): Οὐ δίδοται γένεσθαι πολίτας, πλὴν τοῖς φεύγουσιν ἀειφυγίᾳ τὴν ἑαυτῶν, ἢ πανεστίοις Ἀθήναζε μετοικιζομένοις ἐπὶ τέχνῃ.

(3) Tucid., III, 55 e *Corpus juris attici*, 20. V. anche il trattato fra Smirne e Magnesia. Egger, Op. cit., pag. 112-8.

(4) Egger, Op. cit., pag. 89-91.

(5) *Corp. jur. att.*, 37: Ποιεῖσθαι πολίτας τοὺς μετοίκους καὶ τῶν ἄλλων ξένων τοὺς βουλομένους συναγωνίσασθαι, e Demosth. in *Neaer*.... Μὴ ἐξεῖναι ποιήσασθαι Ἀθηναῖον, ὃν ἂν μὴ δι' ἀνδραγαθίαν εἰς τὸν δῆμον τὸν Ἀθηναίον ἄξιον ᾖ γενέσθαι πολίτην...

(6) Curtius, vol. I, pag. 403.

(7) Demosth., *De republ. ordinanda*, 23-26. Dopo aver citato esempii di stranieri meritevoli cui pur per lo passato non s'era concessa la cittadinanza

ed impoverì Atene sotto i successori d'Alessandro e sotto il dominio romano, e più largamente prodigò la concessione della cittadinanza (1), e Cicerone diceva che questa era al suo tempo accordata o venduta a chiunque l'avesse domandata.

Più costanti che le condizioni richieste per ottenerla, appariscono nel diritto attico i modi tenuti per concederla: poichè nell'età macedone sembrano essere stati gli stessi che nel periodo dell'indipendenza ateniese (2). La competenza di naturalizzare risiedeva in Atene esclusivamente nel potere legislativo, senza il voto del quale la naturalizzazione non poteva ritenersi definitiva. E perchè divenisse tale non bastava il voto palese, ma doveva farsene la proposta nella radunanza del popolo e seguirne a scrutinio segreto l'approvazione da più di seimila cittadini (3). Solo allora, e salvo le eccezioni possibili contro la legalità della votazione, poteva ritenersi concesso dall'autorità competente che lo straniero ed i suoi discendenti diventassero ateniesi, e che il naturalizzato fosse autorizzato ad iscriversi nella tribù, nel demo e nella fratria che avesse prescelta (4).

Lo straniero così ascritto alla cittadinanza ateniese non diventava in tutto eguale agli ateniesi d'origine. Non potrebbe dirsi che la condizione ne fosse eguale a quella che ora dicesi in molti Stati « piccola naturalizzazione »; ma si trovava, come avviene al naturalizzato negli Stati Uniti ed in altri paesi, irreparabilmente allontanato da certi altissimi uffici dello Stato. Tutti i naturalizzati erano soggetti a tale diminuzione politica, ad eccezione degli ὑποίκοι, che passavano dalla madre patria ad una colonia già esistente, per lo più con diritti eguali a quelli dei discendenti dai fondatori, e non potevano pertanto propriamente chiamarvisi naturalizzati. Questi invece trovavansi per qualche rispetto in condizione inferiore a quella degli ipeci. Formavano bensì parte integrante della cittadinanza, ed erano iscritti nelle simmorie o delegazioni per il riparto delle tasse di guerra, cui tutti erano sog-

ma soltanto l'esenzione dai carichi, conclude: Νῦν δ', ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, φθόρους ἀνθρώπους, οἰκοτρίβων οἰκότριβας, τιμὴν ὥσπερ ἄλλου του τῶν ὠνίων λαμβάνοντες, ποιεῖσθε πολίτας.

(1) De Sainte Croix, *Mémoire sur les métœques*, vol. cit., pag. 203-5.

(2) *Corpus juris attici*, pag. 418-9.

(3) Demosth. in *Neaeram*, 1375: Ἔπειτ' ἐπειδὰν πεισθῇ ὁ δῆμος καὶ δῷ τὴν δωρεάν, οὐκ ἐᾷ κυρίαν γενέσθαι τὴν ποίησιν, ἐὰν μὴ τῇ ψήφῳ εἰς τὴν ἐπιοῦσαν ἐκκλησίαν ὑπὲρ ἑξακισχίλιοι Ἀθηναῖοι ψηφίσωνται, κρύβδην ψηφιζόμενοι. Τοὺς δὲ πρυτάνεις κελεύει τιθέναι τοὺς καδίσκους ὁ νόμος καὶ τὴν ψῆφον διδόναι προσιόντι τῷ δήμῳ πρὶν τοὺς ξένους εἰσιέναι καὶ τὰ γέρα ἀναιρεῖν.

(4) *Corp. jur. att.*, 913: Καὶ οἱ δημοποίητοι ἐγγράφονται εἰς τὰς συμμορίας.

getti (1), e per sostenere la spesa delle triremi (2). Eguali quanto al riparto delle pubbliche gravezze, erano eguali pure ai cittadini d'origine quanto all'intervento ed alla votazione nelle assemblee. Come quelli partecipavano ai benefizi del culto patrio; e quando trattavasi di un'intiera popolazione forestiera ascritta alla cittadinanza di Atene, quest'uguaglianza era riconosciuta in una speciale invocazione del sacerdote a favore dei nuovi cittadini (3). In ogni caso però erano incapaci per la prima generazione di fungere il sacerdozio e l'arcontato, e le generazioni successive potevano liberarsi da tale incapacità solo se uscite da matrimonio legittimo con persona appartenente allo Stato (4).

Nè quando un uomo d'origine straniera era stato iscritto sui registri della cittadinanza per titolo di nascita o di naturalizzazione, ciò bastava perchè potesse godere in pace i proprii diritti di cittadino. La legge, che con grande cautela rendeva possibile l'adozione di uno straniero nello Stato, provvedeva per evitare che vi si potesse insinuare chi mancasse delle condizioni richieste per entrarvi, e permetteva di contestargli in tal caso la qualità di cittadino davanti al popolo od al magistrato. Il primo provvedeva ad eliminare ogni elemento eterogeneo dalla società dei cittadini d'origine, mediante convocazione dei cittadini dei singoli comuni che dovevano procedere alla revisione (διαψήφισις) dei loro registri, e proporre la cancellazione (ἀποψήφισις) di chi vi fosse stato iscritto a torto (5). Fu appunto per effetto di tali rigori (6) che il retore Lisia, il quale aveva pur molto sacrificato per la causa della libertà ateniese (7), non potè essere ascritto fra i cittadini

(1) Tutti erano soggetti ad entrambe le imposte. V. per la εἰσφορά Isocrate, ap. SCHÖMANN, vol. II, pag. 438; e per la τριηραρχία DEMOSTH. *c. Leptinem*, 465: Ἀτελῆ δὲ μηδένα εἶναι τριηραρχίας, πλὴν τῶν ἐννέα ἀρχόντων.

(2) *Corp. jur. att.*, 945: Συμμορία ἐστὶ τὰ συντάγματα τῶν πλουσίων τῶν ἐπιτηδείων πρὸς τριηραρχίας· εἰσὶ δὲ χίλιοι διακόσιοι.

(3) HERODOT., VI, 111: Θυσίας Ἀθηναίων ἀναγόντων καὶ πανηγύριας τὰς ἐν τῇσι πεντετηρίσι γινομένας, κατεύχεται ὁ κήρυξ ὁ Ἀθηναῖος ἅμα τε Ἀθηναίοισι γίνεσθαι τὰ ἀγαθὰ καὶ Πλαταιεῦσι.

(4) DEMOSTH. in *Neaeram*, 1376: Ὅσους γὰρ ὁ δῆμος ποιήσηται ὁ Ἀθηναίων πολίτας, ὁ νόμος ἀπαγορεύει διαῤῥήδην, μὴ ἐξεῖναι αὐτοῖς τῶν ἐννέα ἀρχόντων γενέσθαι, μηδὲ ἱερωσύνης μηδεμίας μετασχεῖν. Τοῖς δ' ἐκ τούτων μετέδωκεν ἤδη ὁ δῆμος ἁπάντων καὶ προσέθηκεν, ἐὰν ὦσιν ἐκ γυναικὸς ἀστῆς καὶ ἐγγυητῆς κατὰ τον νόμον.

(5) *Corp. jur. att.*, pag. 559, 560. Commento all'art. 1118 (*Suidas*, alla parola διαψήφισις). § 1118: Γενέσθαι ζήτησιν πάντων τῶν ἐγγεγραμμένων τοῖς ληξιαρχικοῖς γραμματείοις, εἴτε γνήσιοι πολῖταί εἰσιν εἴτε μή, τοὺς δὲ μὴ γεγονότας ἐξ ἀστοῦ καὶ ἀστῆς ἐξαλείφεσθαι, διαψηφίζεσθαι δὲ περὶ πάντων τοὺς δημότας.

(6) GROTE, vol. XII, pag. 118.

(7) V. sulle cause politiche della difficoltà di concedere la naturalizzazione e di riconoscere la cittadinanza d'origine nei figli d'un cittadino e

e fu costretto a passare il resto della sua vita come isotéle. Il magistrato che anticamente fu quello dei nautodiche (1), la cui competenza era già stata al tempo di Demostene trasferita nei tesmotéti, esaminava tanto i reclami di coloro che, pretendendosi cittadini d'origine, avessero creduto presa a torto la decisione di cancellarli dai ruoli (2), quanto i reclami di quei cittadini che avessero voluto impugnare il diritto di taluno ad essere iscritto nei registri della cittadinanza (3).

Il reclamo di coloro che si credevano esclusi a torto dalla cittadinanza figurava nella procedura ateniese come un appello (ἔφεσις); il reclamo, che veniva presentato da un cittadino per escludere dai ruoli chi non vi avesse avuto diritto, od era semplice imputazione di estraneità e dicevasi azione d'estraneità (γραφὴ ξενίας) (4), od era combinata con quella di corruzione e dicevasi azione di corrotta cittadinanza (δωροξενία) (5); od infine tendeva a far invalidare dal magistrato, come attribuita a persona indegna, una naturalizzazione realmente concessa dall'assemblea, e dicevasi azione per violazione della legge (γραφὴ παρανόμων) (6). Nei casi in cui l'azione implicava un'accusa di dolo a carico del convenuto, la condizione civica di questo restava lungamente incerta, poichè, anche dopo un giudizio a lui favorevole, conservava la facoltà di riprendere l'accusa chiunque lo avesse creduto assolto a torto (7). Se tale giudizio concludevasi invece colla

d'una straniera, Bérard, *Aristote, La constitution d'Athènes*, nella *Revue Historique*, luglio-agosto 1892, pag. 297. Paris, Alcan, 1892.

(1) *Corp. jur. att.*, Commento al nº 627, nota, pag. 496. Pollux, VIII, 126: Οἱ ναυτοδίκαι ἦσαν, οἱ τὰς τῆς ξενίας δίκας εἰσάγοντες. ed Esichio: Ναυτοδίκαι, οἱ ἐπὶ τοῦ ἐμπορίου δικασταὶ, ἐφ' ὧν καὶ αἱ τῆς ξενίας κρίνονται δίκαι.

(2) L. c., pag. 559-560... καὶ τοὺς ἀποψηφισθεντας καὶ ἐμμείναντας τῇ ψήφῳ τῶν δημοτῶν ἐξαλκλῖφθαι καὶ εἶναι μετοίκους, τοῖς δὲ βουλομενοις ἔφεσιν εἰς δικαστὰς δεδόσθαι.....

(3) *Corp. jur. att.*, 212: Θεσμοθετῶν ἀνάκρισις ἔστω· εἰ Ἀθηναῖοί εἰσιν ἐκ τριγονίας, καὶ τὸν δῆμον πεθέν; καὶ εἰ Ἀπόλλων ἐστὶν αὐτοῖς πατρῷος καὶ Ζεὺς Ἕρκιος. — 614: Οἱ θεσμοθέται... γίγνονται δὲ πρὸς αὐτοὺς γραφαὶ ξενίας, δωροξενίας, δώρων... — 652: Πρὸς τοὺς θεσμοθέτας παράστασις τίθεται ξενίας καὶ δωροξενίας, ἄν τις δῶρα δοὺς ἀποφύγῃ τὴν ξενίαν (*Harpocration:* παράστασις).

(4) *Corpus juris attici*, 1115: Ξενίας γραφή ἐστιν, ἐάν τις κατηγορῆται ξένος εἶναι, e 627: Ἐάν τις ἐξ ἀμφοῖν ξ.νοιν γεγονὼς φρατίζῃ, διώκειν εἶναι τῷ βουλομένῳ Ἀθηναίων, οἷς ἔξεστιν, ἐν τοῖς ναυτοδίκαις.

(5) *Corp. jur. att.*, 1117: Δωροξενία ἐστὶ δίκη κατὰ τῶν δόντων δῶρα, ἵνα φύγωσιν ἀγῶνα ξενίας.

(6) Demosth. in *Neaeram*, 1375: Ἔπειτα μετὰ ταῦτα παρανόμων γραφὴν ἐποίησε κατ' αὐτοῦ τῷ βουλομένῳ Ἀθηναίων· καὶ ἔστιν εἰσελθόντα εἰς τὸ δικαστήριον ἐξελέγξαι, ὡς οὐκ ἄξιός ἐστι τῆς δωρεᾶς, ἀλλὰ παρὰ τοὺς νόμους Ἀθηναῖος γέγονε.

(7) *Corp. jur. att.*, 781 (*Harpocrat.:* Δωροξενία): Τοὺς ἀποφυγόντας ξενίας ἐξεῖναι, τῷ βουλομένῳ πάλιν γράψασθαι, ἐὰν μὴ δοκῶσι δικαίως τὸ πρῶτον ἀποπεφευγέναι.

condanna dello straniero, o se questo, appellandosi contro la ἀποψήφισις, o contro la sentenza dichiarativa della sua estraneità, soccombeva, poteva esser venduto come schiavo; mentre invece se il giudizio definitivamente lo assolveva entrava, senz'altra contestazione nei due ultimi casi, nel numero dei cittadini (1).

35. — Nell'amministrazione della giustizia la Grecia aveva preso le mosse, come in generale tutti gli altri popoli dell'antichità, dal concetto che, al pari della legge civile, anche la tutela della magistratura fosse un patrimonio esclusivo del cittadino, in quanto una convenzione non ne facesse in qualche misura partecipe anche una data categoria di stranieri. Più completamente che altrove però e con una relativa sollecitudine, in molte città greche e specialmente in Atene, l'eccezione giunse, rispetto alla concessione della tutela giudiziaria, a sospingere la regola in seconda linea, ammettendo in tutto od in parte lo straniero, indipendentemente da clausole speciali di convenzioni, ad invocare l'azione della magistratura.

Così nell'amministrazione della giustizia gli stranieri non erano, sotto un certo rispetto, trattati in Atene diversamente dai cittadini. Essi potevano, cioè, in certe controversie sôrte fra loro, agire davanti ai tribunali, quando si trovassero nel territorio e si trattasse di rapporti personali e mobiliari; ed in Sicilia trovasi, fin dalla legislazione di Caronda, riconosciuto il diritto dello straniero alla tutela del magistrato (2), insieme col carattere estraterritoriale della protezione dell'individuo da parte dello Stato. La differenza fra nazionali e stranieri nel rapporto della giurisdizione perdette pertanto a poco a poco il carattere negativo per assumerne uno di positivo. Originariamente il magistrato nazionale era, per la tutela dei diritti dello straniero e la decisione delle sue controversie, come non esistente; più tardi il diritto attico giungeva in certi rapporti all'estremo opposto: ad imporre cioè a certe categorie di stranieri la giurisdizione ateniese, anche quando questa non si sarebbe potuta invocare nè in ragione delle persone, nè in ragione della materia. Tale era l'obbligo imposto agli

(1) *Corp. jur. att.*, 1118... καὶ ἐμμείναντας τῇ ψήφῳ τῶν δημοτῶν ἐξαληλίφθαι καὶ εἶναι μετοίκους, τοῖς δὲ βουλομένοις ἔφεσιν εἰς δικαστὰς δεδόσθαι, κἂν μὲν ἁλῶσι καὶ παρὰ τῷ δικαστηρίῳ, πεπρᾶσθαι, ἐὰν δὲ ἀποφύγωσιν, εἶναι πολίτας.

(2) Proemio ap. Stob, Serm. XIV, 40: Πολίτῃ ἀδικουμένῳ βοηθεῖν καὶ οἴκου καὶ ἐπὶ ξένης· ξένον δὲ πάντα, τὸν ἐν τῇ εαυτοῦ πατρίδι σεβόμενον, καὶ κατὰ τοὺς οἰκείους νόμους εὐφήμως καὶ οἰκείως προσδέχεσθαι καὶ ἀποστέλλειν, μεμνημένους Διὸς ξενίου ὡς παρὰ πᾶσιν ἱδρυμένου κοινοῦ θεοῦ, καὶ ὄντος ἐπισκόπου φιλοξενίας τε καὶ κακοξενίας.

alleati di far decidere in Atene le loro controversie di maggior momento (1).

Quale fosse, quanto agli alleati, la linea di demarcazione fra i litigi per i quali restava intatta la giurisdizione locale e quelli rispetto ai quali era stata sostituita la giurisdizione ateniese non è noto con precisione (2), ma è certo che non tutti i litigi fra due cittadini di uno Stato alleato dovevano giudicarsi in Atene. Questa aveva giurisdizione su tutti i crimini gravi e sulle accuse di ordine politico (3), e delle cause d'indole civile pare avocasse a sè le più importanti, e quelle fra cittadini di Stati alleati diversi o fra cittadini od ufficiali ateniesi e talune delle città alleate colle quali avevano rapporti, e finalmente fra una città alleata e lo Stato ateniese.

L'origine di tale giurisdizione eccezionale deve attribuirsi al graduale mutarsi del sistema ateniese di alleanze in supremazia, o, come si direbbe oggi, *suzerainetè* (4); il suo mantenimento a varie ragioni di politica internazionale ed interna. Infatti l'assemblea degli alleati (5) era stata il consiglio naturale di arbitrato per le dispute pubbliche e private che s'elevavano nelle isole e nei forti del mare Egeo, collegati fra loro da tanti rapporti economici e politici. Quando quell'assemblea di rappresentanti sparve a poco a poco, gli Ateniesi, che ne erano stati i presidenti, si trovarono investiti delle sue funzioni. E varie ragioni d'indole internazionale contribuirono a giustificarle e a darvi incremento. Se una città di poca importanza od uno dei suoi cittadini aveva un motivo di lagno contro una città più conside-

(1) *Corp. jur. att.*, 1296: Ἕνα ἕκαστον τῶν συμμάχων δεῖ ἀφικόμενον Ἀθήναζε δίκην δοῦναι καὶ λαβεῖν ἐν τῷ δήμῳ; e nota alla pag. 594: " deve intendersi soltanto delle cause di maggior momento ". Cfr. Boeck, *Œcon. publ. Ath.*, t. I, pag. 531; la distinzione fra alleati soggetti ed alleati autonomi con pienezza di giurisdizione può esser vera per il secondo dominio costituitosi da Atene dopo la guerra del Peloponneso.

(2) Dai grammatici greci risulta soltanto genericamente che alle Δίκαις ἀπὸ συμβόλων si intendevano soggetti non solo i processi dei sudditi di due Stati indipendenti vincolati da trattato, ma anche quelli degli alleati soggetti ad Atene. — Becker, *Anecdota Gr.*, I, pag. 436: Ἀπὸ συμβόλων ἐδίκαζον τοῖς ὑπηκόοις: οὕτως Ἀριστοτέλης; ed Esichio: Ἀπὸ συμβόλων δικάζειν· Ἐδίκαζον Ἀθηναῖοι ἀπὸ συμβόλων τοῖς ὑπηκόοις· καὶ τοῦτο ἦν χαλεπόν; il qual ultimo apprezzamento prova che tale giurisdizione straordinaria aveva uno sviluppo sufficiente perchè gli alleati se ne sentissero gravati.

(3) Grote, vol. VIII, pag. 45-52.

(4) Ferdinand Bissing, *Athen und die Politik seiner Staatsmänner von der niederlage der Persen bis zu dem Waffenstillstande des Perikles.* Heidelberg, Emmerling, 1862, pag. 17-19 e 37, 8.

(5) Grote, loc. citato.

revole od un cittadino di questa, il giudizio pronunziato nello Stato preponderante su entrambe era la migliore garanzia d'una sentenza equa. Se un cittadino tasiano, dice il Grote (1), credeva che lo storico Tucidide, o come comandante della squadra ateniese in quella stazione, o come proprietario di miniere d'oro in Tracia, avesse offeso un suo diritto, aveva la massima probabilità di riparazione agendo davanti ai giudici ateniesi, egualmente competenti rispetto ai primi cittadini dell'Attica, come rispetto ai più umili fra gli Jonii.

Data infatti una supremazia politica che dovesse importare ingerenza anche nell'amministrazione della giustizia, questo sistema era di gran lunga preferibile a quello spartano. Sparta poneva ogni città dipendente sotto il controllo d'un suo governatore, ma non provvedeva ad un regolamento speciale dei rapporti fra gli abitanti di territorii diversi. In ognuno di questi l'azione dell'armosto spartano e della decarchia era completa e definitiva. Si aveva dunque in tal caso una eguale diminuzione di sovranità nel potere giudiziario dello Stato soggetto, senza le garanzie di giustizia e di pubblicità, che davano i dicasteria ateniesi. Così avveniva che contro un abuso od una sentenza iniqua pronunciata in una città soggetta, esistesse rimedio giudiziario nello Stato ateniese e non in quello spartano. L'assoluzione di Sfodria, contro il quale gli Ateniesi reclamavano a Sparta, e la condanna quasi contemporanea di due generali ateniesi, contro i quali Sparta reclamava ad Atene, sono prove luminose della diversità di garanzie di giustizia, che risultava nei due sistemi (2).

L'ordinamento giudiziario eccezionale d'Atene, era poi, nei rapporti interni, un incremento della democrazia. I popoli alleati in tal guisa non erano deferenti soltanto a generali, ammiragli o governatori, mandati a rappresentare nel loro paese la maestà e la potenza d'Atene; ma erano costretti a considerare come superiore ed a fare oggetto delle proprie blandizie tutto il popolo ateniese cui dovevano ricorrere per domandare giustizia (3). La più importante eccezione alla territorialità della giurisdizione si informava dunque nel diritto attico piuttosto al concetto politico della opportunità, che a quello giuridico

(1) Grote, loc. citato.

(2) Grote, vol. XIV, pag. 251-2.

(3) Xenoph., *Resp. Athen.*, cap. I, § 18: Πρὸς δὲ τούτοις, εἰ μὲν μὴ ἐπὶ δίκας ᾖεσαν οἱ σύμμαχοι, τοὺς ἐκπλέοντας Ἀθηναίων ἐτίμων ἂν μόνους, τούς τε στρατηγοὺς καὶ τοὺς τριηράρχους καὶ πρέσβεις· νῦν δ' ἠνάγκασται τὸν δῆμον κολακεύειν τῶν Ἀθηναίων εἷς ἕκαστος τῶν συμμάχων, γιγνώσκων ὅτι δεῖ μὲν ἀφικόμενον Ἀθήναζε δίκην δοῦναι καὶ λαβεῖν οὐκ ἐν ἄλλοις τισὶν ἀλλ' ἐν τῷ δήμῳ, ὅς ἐστι δὴ νόμος Ἀθήνησι...

dell'intimo prevalere della competenza; ma arrivava ad una supremazia giudiziaria in qualche parte analoga a quella moderna del Consiglio privato inglese sulle giudicature coloniali.

In materia mobiliare e personale a poco a poco gli stranieri alleati ottennero nelle città greche speciali privilegi di procedura e di organizzazione dei tribunali (1) e gli stranieri anche non alleati non ebbero più nel periodo espansivo della civiltà ellenica del tutto precluso l'adito per ciò solo che erano stranieri, alla giurisdizione ateniese. V'era azione davanti al magistrato ateniese, quando trattavasi di contratti fatti in Atene anche per eseguirli altrove o che fatti altrove dovessero eseguirvisi (2), in modo non dissimile da quello prevalente ancora nelle varie legislazioni. Quando però trattavasi di contratti fatti in Atene per essere eseguiti altrove od altrove per essere eseguiti in Atene, era necessaria la prova scritta, risultante dal documento (3) redatto dalle parti. Quando non trattavasi di obbligazioni derivanti da contratto, ma di azioni relative a rapporti personali, stava in facoltà degli stranieri di scegliere la giurisdizione ateniese o quella forestiera (4); mentre dovea naturalmente prevalere quella ateniese quando trattavasi di contratti stipulati ed eseguibili in Atene.

In tali litigi d'indole commerciale (δίκαι ἐμπορικαὶ), detti anche processi mensili (δίκαι ἔμμηναι) perchè la loro procedura non doveva durare più d'un mese, gli stranieri, alleati e non alleati, potevano approfittare non solo della giurisdizione commerciale, ma anche dell'abbreviazione dei termini, alle stesse condizioni degli Ateniesi. In tal guisa passava in seconda linea il bisogno di trattati internazionali per la reciproca assistenza giudiziaria (σύμβολα) (5); e questa, che era eccezione conven-

(1) V. Trattato fra le città locresi Chaleon ed Œanthia, art. 2, 5, 8, ap. Voigt, l. c., pag. 202, 3.

(2) Demosth. *adv. Phormionem*, 42 (919): Ὑπὲρ δὲ τοῦ τὴν δίκην εἰσαγώγιμον εἶναι ὁ νόμος αὐτὸς διαμαρτύρεται, κελεύων τὰς δίκας εἶναι τὰς ἐμπορικὰς τῶν συμβολαίων τῶν Ἀθήνησι καὶ εἰς τὸ Ἀθηναίων ἐμπόριον, καὶ οὐ μόνον τῶν Ἀθήνησιν, ἀλλὰ καὶ ὅσ' ἂν γένηται ἕνεκα τοῦ πλοῦ τοῦ Ἀθήναζε... e 45 (920): Πάθοιμι μέντ' ἂν δεινότατα, εἰ οἱ μὲν νόμοι τῶν Ἀθήνησι συμβολαίων κελεύουσι τὰς δίκας εἶναι πρὸς τοὺς θεσμοθέτας, ὑμεῖς δ' ἀπογνοίητε τῆς δίκης ὀμωμοκότες κατὰ τοὺς νόμους ψηφιεῖσθαι...

(3) Demosth. *adv. Zenothemidem*, 1 (882): Οἱ νόμοι κελεύουσι, τὰς δίκας εἶναι τοῖς ναυκλήροις, καὶ τοῖς ἐμπόροις τῶν Ἀθήναζε καὶ τῶν Ἀθήνηθεν συμβολαίων, καὶ περὶ ὧν ἂν ὦσι συγγραφαί, ἂν δέ τις παρὰ ταῦτα δικάζηται, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην.

(4) Così parmi si possa combinare colle regole citate da Demostene quella secondo la quale: Ἔξεστι τοῖς ξένοις ἐμπόροις ὅπου βούλοιντο ποιεῖσθαι τὰς δίκας. *Corpus juris attici*, 1551.

(5) Sell., *Die Recuperatio der Römer*. Braunschweig, Vieweg, 1837, pag. 271, 2 e nota 1.

zionale nei principii della vita internazionale ellenica, diventava, per via d'adattamento graduale d'idee e di consuetudini (1), la regola del periodo più rigoglioso del suo sviluppo (2).

36. — Tanto nel caso di cittadini, quanto in quello di forestieri, poteva avvenire però che d'una obbligazione effettivamente esistente non si potesse domandare l'esecuzione nel territorio della repubblica. E ciò accadeva sia per una ragionevole eccezione che poteva opporre il convenuto, sia per uno di quelli che ora si direbbero ostacoli d'ordine pubblico all'esecuzione di privati accordi od all'applicazione di leggi straniere. Il primo caso verificavasi quando mancava o la stipulazione del contratto in Atene, o l'indicazione dell'Attica come luogo di esecuzione (3). Allora era il convenuto che poteva sollevare l'eccezione del fôro (4). Ma quando trattavasi di contratti, il cui scopo era, per motivi politici o fiscali, considerato illecito dalla legge ateniese, il magistrato doveva, dovunque fossero fatti e dovunque dovessero eseguirsi, rifiutarsi (sollevando, come ora si direbbe, la eccezione d'ufficio) a ricevere ogni azione su quelli fondata. Come ora la magistratura di un paese non potrebbe considerare nei riguardi civili come esistente un contratto stipulato validamente altrove per esercitarvi il contrabbando, o per assicurarvi una prestazione od uno stato di cose contrario al diritto pubblico dello Stato, ai diritti fondamentali della persona, od all'assetto della proprietà fondiaria, così in Atene, dove la legge era tanto sollecita di assicurare al popolo le necessarie provvigioni (5), il prestito, fatto su nave che non dovesse

(1) Che l'azione esclusivamente nazionale della magistratura fosse stata sostituita, nei rapporti cogli Stati più vicini, dall'azione territoriale senza distinzione, almeno quanto ai rapporti commerciali, fra cittadini e stranieri, è provato dal fatto che fra Atene e la Macedonia era da lungo tempo praticata prima di Alessandro la reciproca tutela giudiziaria dei cittadini rispettivi senza bisogno di speciale convenzione. — V. Demosth., *De Halonneso*, loc. citato.

(2) Nel periodo d'espansione della coltura ellenica questo sistema era diventato così generale, che Roma nel dichiarare *liberi* gli Stati ellenici assoggettati, poteva omettere di pattuire con quelli l'assistenza giudiziaria a favore dei cittadini e sudditi romani; il che prova che ormai a tutti, senza bisogno di convenzioni speciali, vi si estendeva la protezione del diritto e la tutela della magistratura. — V. Voigt, l. c., pag. 246-8.

(3) Demosth. *adv. Zenothemidem*, 1 (882): Ἂν δέ τις παρὰ ταῦτα δικάζηται, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην.

(4) Demosth. *adv. Form.*, 4 (908): Ὑπὲρ μὲν τῶν μὴ γενομένων ὅλως συμβολαίων Ἀθήνησι μεδ᾽ εἰς τὸ Ἀθηναίων ἐμπόριον παραγράφεσθαι δέδοται.

(5) V. pag. 53.

portare frumento nello Stato, non solo non dava azione civile al creditore per ripetere l'aver suo, ma conferiva allo Stato azione penale contro di lui (1). L'ultima parte del passo di Demostene, che espone tale divieto e le sue conseguenze, è poi concepita in termini generali, che paiono al Tellfy (2) sufficienti per poterne dedurre, che, indipendentemente dall'indole colpevole dell'impresa aiutata, era privo di azione nell'Attica ogni contratto implicante collocamento di danaro fuori di quel territorio.

Incapacità speciale dello straniero era quella che si riferiva alle querele. Ogni cittadino, infatti, poteva richiamare l'attenzione del magistrato sulle offese patite da qualunque altro cittadino od anche dallo Stato stesso (3); lo straniero invece non poteva querelarsi se non che per offese personalmente patite. Nei riguardi poi così degli Ateniesi, come dei forestieri, quando trattavasi di controversie interessanti, per i subbietti implicati o per l'oggetto loro, il diritto pubblico di tutta la Grecia, la giurisdizione ateniese doveva cedere dinanzi alla giurisdizione comune (4).

Quando pur non fosse sorto dubbio circa il diritto di giurisdizione della magistratura ateniese, gli stranieri vedevano di regola definite le controversie che li riguardavano secondo norme di competenza diverse da quelle vigenti per i cittadini. Tale diversità non riguardava tanto la distribuzione della competenza, quanto le persone fra le quali questa era distribuita. Era regola infatti della procedura ateniese che, chi volesse ottenere giustizia, si presentasse, per lo più accompagnato da un usciere pubblico, o da uno o più testimoni, al magistrato, domandandogli azione contro colui, verso il quale reclamava. Il magistrato, fatta precedere un'istruttoria, dava azione alle parti, ed assegnando i loro tribunali davanti ai quali esse doveano discutere della

(1) Demosth. *adv. Lacrit.*, 941: Ἀργύριον δὲ μὴ ἐξεῖναι ἐκδοῦναι Ἀθηναίων καὶ τῶν μετοίκων τῶν Ἀθήνησι μετοικούντων μηδενί, ὧν οὗτοι κύριοί εἰσιν, εἰς ναῦν ἥτις ἂν μὴ μέλλῃ ἄξειν σῖτον Ἀθήναζε καὶ τἄλλα τὰ γεγραμμένα περὶ ἑκάστου αὐτῶν. Ἐὰν δὲ τις ἐκδῷ παρὰ ταῦτα, εἶναι τὴν φάσιν καὶ τὴν ἀπογραφὴν τοῦ ἀργυρίου πρὸς τοὺς ἐπιμελητάς, καθὰ περὶ τῆς νεὼς καὶ τοῦ σίτου εἴρηται κατὰ ταῦτα. Καὶ δίκη αὐτῷ μή ἔστω περὶ τοῦ αργυρίου, ὃ ἂν ἐκδῷ ἄλλοσέ πῃ ἢ Ἀθήναζε· μηδὲ ἀρχὴ εἰσαγέτω περὶ τούτου μηδεμία·

(2) *Corpus juris attici*, 648.

(3) Γραφέσθω Ἀθηναίων ὁ βουλόμενος.

(4) Diodor. Sicul., XI, 55: Δεῖ τῶν κοινῶν τῆς Ἑλλάδος ἀδικημάτων εἶναι τὴν κρίσιν οὐκ ἰδίᾳ παρὰ τοῖς Ἀθηναίοις ἀλλ᾽ ἐπὶ τοῦ κοινοῦ συνεδρίου τῶν Ἑλλήνων. — *Corpus juris attici*, 1276: Ἀμφικτυονία τόπος ἐστὶν ἐν τῇ Ἑλλάδι καὶ κοινὸν τῶν Ἑλλήνων δικαστήριον. Ὅτε γὰρ ἀδικοῖντό τινες τῶν Ἑλλήνων, ἀπίασιν ἐκεῖσεν... Ἐκεῖ γὰρ τοὺς ἀδικοῦτας καὶ ἀδικουμένους χρὴ δικάζεσθαι. Καὶ πάλιν, ὅτε περὶ κοινοῦ τινος σκέπτοιντο, ἐκεῖσε βουλεύονται.

entità dei loro diritti, determinava per loro i giudici (εἰσαγεῖν εἰς τὸ δικαστήριον). Davanti a questi, se il convenuto non si presentava, procedevasi in contumacia al giudizio, che doveva rinnovarsi soltanto nel caso che quello avesse poi giustificata l'assenza. Oltre ai tribunali propriamente detti, v'erano, sparsi nei borghi, 40 giudici subalterni, che definivano i processi di poca importanza, e quelli relativi a somme non eccedenti dieci dramme; tali giudici corrispondevano pertanto ai pretori ed ai conciliatori del nostro ordinamento (1).

Per tutte le questioni che si riferivano allo statuto personale ed ai rapporti di famiglia o che interessavano anche indirettamente l'ordine dello Stato, e per le quali, se si fosse trattato di cittadini, sarebbe stato competente l'arconte eponimo, nel caso di forestieri era invece competente il polemarco (2). In ciò manifestavasi bensì l'influenza dell'antico concetto, che assimilava lo straniero al nemico (3); poichè nei tempi anteriori a Clistene, il polemarco era anche il capo delle forze militari; ma di quella assimilazione antica nessuna traccia, oltre all'indicazione speciale della magistratura, restava nell'Attica progredita, quanto alla sostanziale protezione giudiziaria concessa allo straniero.

Quelle liti poi che sorgevano fra commercianti e che riguardavano i loro rapporti economici, senza interessare la pubblica economia, soggiacevano alla giurisdizione dei nautodiche, anzichè a quella dei tesmotéti (4), ai quali spettava poi giudicare, a preferenza del pole-

(1) Auger, *Traité de la juridiction d'Athènes*. Paris, Bossange, anno 2°, *Rep.*. pag. 240-1, 253-6, 260, 1.

(2) Aristotele (Ἀθηναῖων πολιτεία, col. 29, cap. LVIII) definisce così la competenza del polemarco: Δίκαι δὲ λαγχάνονται πρὸς αὐτὸν ἴδιαι μόνον αἵ τε τοῖς μετοίκοις καὶ τοῖς ἰσοτελέσι καὶ τοῖς προξένοις γιγνομέναι. — Iseo citato da Arpocrazio: Πολέμαρχος: Ἰσαῖος ἐν ἀπολογίᾳ ἀποστασίου πρός Ἀπολλοδώρον. Ἀρχή τις ἦν παρ' Ἀθηναίοις οὕτω καλουμένη, ἔστι δὲ εἷς τῶν ἀρχόντων. Ἀριστοτέλης δ' ἐν τῇ Ἀθηναίων πολιτείᾳ διεξελθὼν ὅσα διοικεῖ ὁ πολέμαρχος. " πρὸς ταῦτα „ φήσιν, " αὐτός τε εἰσάγει δίκας τάς τε τοῦ ἀποστασίου καὶ ἀπροστασίου καὶ κλήρων καὶ ἐπικλήρων τοῖς μετοίκοις, καὶ τἄλλα ὅσα τοῖς πολίταις ὁ ἄρχων, ταῦτα τοῖς μετοίκοις ὁ πολέμαρχος. — *Corp. jur. att.* (*Pollux*, VIII, 91), 208: Ὅσα τοῖς πολίταις ὁ ἄρχων, ταῦτα τοῖς μετοίκοις ὁ πολέμαρχος. — 613: Δίκαι πρὸς τὸν πολέμαρχον λαγχάνονται μετοίκων, ἰσοτελῶν, ξένων, προξένων· εἰσάγει δὲ καί δίκας ἀποστασίου, ἀπροστασίου, κλήρων, ἐπικλήρων μετοίκοις. — Vedi anche il commento alla pag. 495: il Tellfy tolse le parole di Polluce: " Καὶ διανέμει τὸ μὲν διαιτηταῖς παραδιδούς „ perchè gli arbitri pubblici non giudicando le cause dei peregrini, non spettava al polemarco, come agli altri magistrati, quella facoltà.

(3) Grote, vol. IV, pag. 118 e Fustel De Coulange, *La cité antique*, ediz. cit., pag. 226-233.

(4) I tesmotéti declinavano in tal caso d'ufficio la competenza come apparisce da Lisia: Περὶ δημοσίων χρημάτων, 5 (148): Πέρυσι μὲν οὖν διέγραψάν μου τὰς

marco, anche di certe materie penali, come la corruzione dei suffragi ed il delitto dello straniero domiciliato, o non domiciliato, che fosse riuscito con l'astuzia a sposare una ateniese (1). I tesmotéti erano inoltre per gli altri litigi giudici d'appello; ma ciò non impediva che, di regola, si potesse, dalle ordinanze di ogni giudice, appellare al popolo; e da due discorsi di Iseo, di cui fu conservato l'esordio da Dionigi d'Alicarnasso, risulterebbe che, quando trattavasi della libertà dei metéci, la loro causa, anzichè portarsi al tribunale del polemarco, fosse agitata senz'altro davanti al popolo (2).

37. — Quanto alla applicazione della legge, il sistema da cui prese le mosse anche la civiltà greca, non ammetteva la possibilità di conflitti. Chi considerava infatti la legge e la protezione giuridica come patrimonio esclusivamente nazionale, doveva ad un tempo escludere lo straniero dalla tutela della legge e della magistratura territoriale, ed escludere il diritto straniero da ogni applicazione nello Stato (3). Ma quando cominciò a decadere per effetto di convenzioni, ed a scomparire gradatamente per via di consuetudini, quel concetto del diritto considerato come patrimonio nazionale, e lo straniero venne ammesso in diversa misura a fruire della tutela giuridica, sorsero tosto gli elementi d'un conflitto di leggi. L'uomo che, alla protezione del diritto privato della sua città, aggiungeva, per effetto d'una concessione individuale od estesa a tutto il suo paese,

δίκας, ἔμποροι φάσκοντες εἶναι· νυνὶ δὲ λαχόντας ἐν τῷ Γαμηλιῶνι μηνὶ οἱ ναυτοδίκαι οὐκ ἐξεδίκασαν. Secondo alcuni, più tardi la competenza dei tesmotéti sostituì del tutto nelle liti mercatorie quella dei nautodiche. V. Tellfy, nota alla pag. 496 (art. 629) del *Corpus juris attici*, e Baumstorkii, *De curatoribus emporii et nautodicis apud Athenienses*, Friburgi 1828. — Resta però sempre provato che una procedura speciale con termini abbreviati era assegnata ai litigi d'indole commerciale, senza distinguere la nazionalità delle parti. Perciò rispetto a quelle liti erano superflue le convenzioni per l'assistenza giudiziaria (σύμβολα), come sosteneva Demostene nel passo citato dell'orazione sull'Aloneso a proposito dei rapporti fra Atene e la Macedonia.

(1) Aristot., Ἀθηναίων πολιτεία, col. 29, cap. LIX. Siccome ai tesmotéti spettava ingerenza nella ratifica dei trattati, può dirsi che origine della loro competenza giuridica fosse stata la funzione internazionale che era originariamente di carattere ostile nel polemarco e pacifica nei tesmotéti.

(2) Guilhem de Sainte Croix, *Mémoire sur les métœques* (1785): *Mémoires de littérature tirés des Registres de l'Académie Royale des Inscriptions et Belles lettres*, vol. XLVIII, Paris, Imprimerie Impériale, pag. 186 e 189, e Müller Jochmus, *Geschichte des Völkerrechts im Alterthum*. Leipzig, Keil, 1848, pag. 115 e nota 9.

(3) Voigt, *Das jus naturale* etc., vol. II. Leipzig, Günther, 1858, pag. 44, 5, nota 22.

la protezione del diritto privato d'un altro Stato, riuniva in sè due diritti civili che, nella necessità di prevalenza d'uno sull'altro, trovavansi in condizione di conflitto.

Era naturale in tal caso che il concetto originariamente territoriale della sovranità inducesse a transigere più facilmente ammettendo non nazionali alla tutela della legge nazionale, che non riconoscendo l'applicazione estraterritoriale delle leggi. Questo avrebbe implicato tutto un mutamento nel modo di concepire la sovranità e le sue funzioni. Perciò avvenne che la regola normale di risoluzione del conflitto, fosse anche in Grecia, come dovunque fino ad epoche assai recenti, la prevalenza del diritto territoriale ogniqualvolta si trattasse di rapporti fra cittadini di Stati del tutto indipendenti l'uno dall'altro. Si applicava dunque ai rapporti giudicati in Atene la legge attica anche fra stranieri, e si riteneva giustamente applicata anche fra Ateniesi la legge straniera dai magistrati di un altro paese. Un ateniese fatto partecipe della capacità giuridica del diritto bizantino, soggiaceva a questo per i rapporti di diritto e le azioni sôrte o gli atti compiuti nel territorio di Bisanzio. Si modificava il carattere nazionale e strettamente territoriale della capacità giuridica dell'uomo; ma restava intatto il concetto esclusivamente territoriale della funzione dello Stato e della sua attitudine ad imperare sull'individuo e sui suoi rapporti giuridici.

Non sarebbe esatto però il dire che, ogni riconoscimento venisse sempre negato al diritto personale dello straniero; ma quel riconoscimento era ridotto nelle minime proporzioni. Così è evidente che per constatare giuridicamente lo stato personale dello straniero, la condizione cioè di libero o schiavo, celibe o maritato, autonomo o soggetto all'altrui potestà, si riconoscevano come legalmente perfetti i fatti ed i rapporti legalmente compiutisi sotto l'impero di una legge straniera. Ma nel giudicare particolarmente delle attitudini della persona nelle sue relazioni colle altre, della validità e delle conseguenze dei rapporti obbligatorii dovunque istituiti, il magistrato non applicava che la legge territoriale (1). Anzi, dal passo di Demostene, che è la più evidente autorità a tale proposito, risulta una tale connessione fra la nazionalità del giudice e la scelta della legge, una tale assoluta prevalenza, come direbbesi ora, della legge del fôro, da ritenere che, ogniqualvolta allo straniero si voleva concedere l'applicazione della sua legge

(1) Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 77.

personale, dovesse anche rimettersi la decisione della controversia ai giudici del paese cui egli personalmente apparteneva (1).

Queste modificazioni alla regola della territorialità, così della competenza come della legge, non risultarono, originariamente, come ora pur avviene fra Stati indipendenti, da disposizioni unilaterali di legge, ma bensì da accordi convenzionali per indicare i quali si adoperava lo stesso nome di σύμβολον (2), che indicava fra privati la tessera di ospitalità. I simboli presentano pertanto un duplice carattere: quello primordiale di eccezioni all'isolamento giuridico degli Stati, per effetto delle quali i cittadini dell'uno si ammettevano nel territorio dell'altro alla tutela giudiziaria, e quello, successivo e meno frequente, d'eccezionale ammissione d'una norma di legge non nazionale all'applicazione nel territorio dello Stato. Il più importante carattere di questi simboli (3) stava dunque non tanto nel pattuire che si potesse reciprocamente trattare, ma nel determinare *come* dovessero trattarsi i litigi davanti ai tribunali dei due Stati contraenti. D'un lato con tali convenzioni si determinava e si allargava la competenza dei magistrati di ciascuno Stato contraente rispetto ai sudditi dell'altro, ed in ciò questi accordi equivalevano alle clausole dei moderni trattati, che garantiscono agli stranieri il libero e facile accesso alle corti di giustizia; e dall'altro si limitava la competenza della magistratura e l'applicabilità della legge di ciascuno Stato contraente rispetto ai cittadini dell'altro, garantendo a questi in tutto od in parte l'applicazione della legge personale. Il contenuto dei simboli variava o poteva variare di città in città, e da parte di uno stesso Stato poteva essere variamente concepito nei rapporti con Stati diversi. Infatti, mentre l'amministrazione della giustizia ai sudditi delle città dipendenti od alleate veniva regolata in modo uniforme dal diritto pubblico della città predominante (4),

(1) Demosth., *De Halonneso*, 11-14 (79, 80): Οὔτε γὰρ Ἀμύντας ὁ πατὴρ ὁ Φιλίππου οὔθ' οἱ ἄλλοι βασιλεῖς οὐδεπώποτε σύμβολα ἐποιήσαντο πρὸς τὴν πόλιν τὴν ἡμετέραν. καίτοι πλείους γε ἦσαν αἱ ἐπιμιξίαι τότε πρὸς ἀλλήλους ἢ νῦν εἰσίν... καὶ ἐμπορικαὶ δίκαι οὐκ ἦσαν, ὥσπερ νῦν, ἀκριβεῖς, αἱ κατὰ μῆνα, ποιοῦσαι μηδὲν δεῖσθαι συμβόλων τοὺς τοσοῦτον ἀλλήλων ἀπέχοντας. ἀλλ' ὅμως οὐδενὸς τοιούτου ὄντος τότε οὐκ ἐλυσιτέλει σύμβολα ποιησαμένους, οὔτ' ἐκ Μακεδονίας πλεῖν Ἀθήναζε δίκας ληψομένους, οὔθ' ἡμῖν εἰς Μακεδονίαν, ἀλλ' ἡμεῖς τε τοῖς ἐκεῖ νομίμοις ἐκεῖνοί τε τοῖς παρ' ἡμῖν τὰς δίκας ἐλάμβανον.

(2) Arpocrazio citando Iseo, Κατ' Ἐλπαγόρου: Σύμβολά τας συνθήκας ἅς ἂν αἱ πόλεις ἀλλήλαις θέμεναι τάττωσι τοῖς πολίταις, ὥστε διδόναι καὶ λαμβάνειν τὰ δίκαια. πολλάκις ἐν τῷ ζ' Φιλιππικῶν Δημοσθένης, καὶ Ἰσαῖος ἐν τῷ κατ' Ἐλπαγόρου.

(3) Schömann, vol. II, pag. 310, 1.

(4) Devesi ritenere che laddove è detto (Becker, *Anect. gr.*, I, pag. 436: Ἀθηναῖοι ἀπὸ συμβόλων δικαζέτωσαν τοῖς ὑπηκόοις, il termine δικάζειν ἀπὸ συμβόλων o

nei riguardi dei sudditi di città non alleate, sua sola norma poteva essere la clausola espressa delle stipulazioni, che era suscettibile di caso in caso delle maggiori disformità (1).

Il carattere giudiziario di tali trattati risultava riconosciuto dal modo usato per la loro ratifica. Essi diventavano esecutivi in Atene tostochè li avesse confermati una commissione o δικαστήριον sotto la presidenza dei tesmotéti, cui (2) spettava pure sorvegliarne l'esecuzione (3).

Siccome poi Atene esigeva che, dopo questa approvazione, il trattato fosse definitivo, così era necessario che i negoziatori da parte dell'altro Stato fossero muniti dei pieni poteri non solo quanto alle trattative, ma anche quanto alla ratifica della convenzione. Questa determinava anzitutto la competenza, d'ordinario secondo la regola: *actor sequitur forum rei;* preferendo il giudice del domicilio dell'attore, solo nel caso che il convenuto pure si fosse trovato nel territorio (4), e talora istituendo magistrature speciali (5), analoghe al *praetor peregrinus*, od in grado minore ai giurì *de medietate linguae*, ammessi dal diritto inglese e portoghese fino al nostro tempo.

Ogniqualvolta l'attore nazionale doveva seguire il fôro del convenuto straniero, era naturale che nel paese di quest'ultimo venisse applicata dal magistrato la legge locale. Ed anche quando un attore straniero avesse agito contro un nazionale, od un attore nazionale avesse potuto citare davanti la magistratura locale un convenuto straniero, la regola più spesso seguìta e più consentanea colla difficoltà di distinguere fra competenza del giudice ed azione territoriale della legge, era l'applicazione della legge locale del magistrato giudicante. Infatti Demostene, nel passo già citato (6), dice non essere stato un tempo, e non essere ai suoi giorni necessario che, fatto il simbolo, si navigasse, per chiedere giustizia dalla Macedonia in Atene o da Atene

si riferisca impropriamente ad un giudizio speciale diverso da quello fra cittadini, o riguardi soltanto gli alleati di Atene dopo la guerra del Peloponneso, quando avevano maggiore autonomia.

(1) Grote, vol. VIII, pag. 52, 3, nota.

(2) Demosth., *De Halonneso*, 9 (78): Ταῦτα (τὰ σύμβολα) κύρια ἔσεσθαι... ἐπειδὰν ἐν τῷ δικαστηρίῳ... κυρωθῇ, ὥσπερ ὁ νόμος κελεύει, e Pollux, VIII, 88 (*Corp. jur. att.*, nota al n. 1243): Καὶ τὰ σύμβολα (οἱ θεσμοθέται) τὰ πρὸς τὰς πόλεις κυροῦσιν.

(3) Pollux, XIII, 88: Δικαστὰς ἀπὸ συμβόλων εἰσάγουσιν οἱ θεσμοθέται.

(4) Müller Jochmus, Op. cit., pag. 114, 5.

(5) Egger, Op. cit., pag. 36-7. Trattato fra Eantea e Chaleion che affida i litigi interessanti stranieri al magistrato speciale degli ξενοδίκαι.

(6) V. pag. 96, n. 1.

in Macedonia, ma potersi decidere le controversie interessanti cittadini d'uno dei due Stati nel territorio dell'altro, secondo le leggi di questo. Da ciò risulterebbe che, quando si parlava senz'altro di *simbolo*, si intendeva un trattato, che non avea per effetto di obbligare il magistrato di uno Stato ad applicare la legge di un altro, ma bensì di ammettere lo straniero alla tutela giuridica e stabilire in favore di lui la competenza esclusiva di quella magistratura nazionale, che corrispondeva al diritto nazionale da applicarsi. E tale era pure il sistema seguìto dai Romani nei loro rapporti cogli Stati liberi d'Oriente (1).

Ciò non esclude però che qualche volta si provvedesse con particolari disposizioni anche alla estraterritorialità della legge civile, senza limitare per ciò la territorialità della competenza in confronto a tutti i presenti sul territorio e a tutti i rapporti giuridici connessi con quello. Un esempio ne è il trattato fra Smirne e Magnesia del 244 avanti Cristo, che stipula l'applicazione in Magnesia delle leggi di Smirne a tutti i contratti ed alle azioni in cui i cittadini di Smirne fossero stati interessati (2).

Anche senza voler dedurre dal passo di Demostene le conseguenze un po' troppo ardite del Tellfy (3), circa l'applicazione del diritto personale, parmi si debba ritenere che v'erano due maniere di *simboli*, gli uni che regolavano mediatamente l'applicazione della legge, determinando in relazione con quella la competenza del magistrato; gli altri che, indipendentemente dalla modificazione del diritto comune circa la competenza, garantivano agli interessati stranieri l'applicazione della legge personale. Ed è pur probabile che il diritto internazionale greco siasi venuto sviluppando dalla forma prima ed origi-

(1) *Corp. Inscript. Graec.*, n. 2222. — Agli abitanti di Chio era aggiudicata la continuazione del loro diritto patrio, e, come una conseguenza del suo mantenimento in vigore, era ammesso che οἵ τε παρ' αὐτοῖς ὄντες Ῥωμαῖοι τοῖς Χείων ὑπακούωσιν νόμοις.

(2) Egger, Op. cit., pag. 114.

(3) Il Tellfy (*Corpus juris attici*, Commento al n. 1240, pag. 586) così commenta il passo di Demostene: " Se le città, non unite da verun *simbolo*, giudicavano colle proprie leggi le controversie di uomini appartenenti a qualunque altra città, apparisce chiaro che le città vincolate da quel rapporto convenzionale dovessero regolarsi in modo che le controversie degli stranieri vi venissero risolte, non secondo le leggi territoriali, ma secondo le patrie leggi di quegli stranieri. Se dunque un Ateniese litigasse con uno Spartano in Atene la controversia doveva decidersi secondo la legge spartana, se litigassero in Sparta, secondo la legge ateniese ". La qual'ultima conseguenza non mi pare in questo caso abbastanza giustificata.

naria nella seconda, come lo prova anche la grande individualità di diritto sussistente fino alla conquista dei Romani, e da questi conservata (1). I *simboli* dunque, in quanto stabilivano regole di competenza senza decampare dalla territorialità della legge, erano analoghi alle convenzioni moderne regolanti l'assistenza giudiziaria o la competenza, come ad esempio quella franco-svizzera del 15 giugno 1869; in quanto modificavano, come ammette il Müller Jochmus (2), il diritto materiale delle due parti contraenti quanto ai rapporti di diritto internazionale privato dei sudditi rispettivi, potrebbero paragonarsi alle leggi speciali adottate in Egitto, ai nostri giorni, per l'amministrazione della giustizia nei tribunali misti; ed in quanto infine stipulavano l'azione estraterritoriale delle rispettive leggi civili, preannunciavano la formulazione di quelle norme convenzionali, che nel tempo nostro vanno moltiplicandosi in tali rapporti, e di quelle norme legislative, di cui uno dei primi esempi contemporanei è il titolo preliminare del nostro Codice, ed uno dei più recenti quello del Codice spagnuolo.

E che tali clausole non fossero infrequenti nei *simboli* è provato da quanto poteva avvenire rispetto al ricorso di appello all'estero (3). Si ammetteva cioè che la parte soccombente davanti ad un magistrato forestiero potesse ricorrere al suo magistrato nazionale, o a quello di un terzo Stato (4), probabilmente, anche nel primo di questi due casi, non come una conseguenza necessaria e generica dell'esistenza di un tale trattato, ma come effetto di una clausola speciale (5).

Ora siccome non è supponibile che quando ἔκκλητος πόλις era la città della parte soccombente nel giudizio di prima istanza, i magistrati di quella applicassero ai loro concittadini leggi diverse dalle

(1) Polyb., lib. XVIII, cap. 27, 2: Τοὺς ἄλλους Ἕλληνας πάντας, τούς τε κατὰ τὴν Ἀσίαν καὶ κατὰ τὴν Εὐρώπην, ἐλευθέρους ὑπάρχειν, καὶ νόμοις χρῆσθαι τοῖς ἰδίοις (Senatoconsulto dei Romani dopo vinto Filippo; anno 196 av. Cr.).

(2) Müller Jochmus, Op. cit., pag. 114, 5 e pag. 115, n. 8.

(3) *Corp. jur. att.*, 769 (Pollux)..... Ἔφεσίς ἐστιν ὅταν τις..... ἢ ἀπὸ δικαστῶν ἐπὶ ξενικὸν δικαστήριον.

(4) *Etymolog.* Ἔκκλητος πόλις: (ap. Sell, *Die recuperatio der Römer*. Braunschweig, Vieweg, 1837, pag. 307, 8):.... ἐξῆν δὲ τοῖς μὲν ξένοις ἐκκαλεῖσθαι πόλιν ἄλλην, τοῖς δὲ πολίταις οὐκέτι. Ed Esichio: Ἔκκλητοι δίκαι: ἔκκλητοι δίκαι αἱ ἐπὶ ξένοις λεγόμεναι καὶ οὐκ ἐν τῇ πόλει. Laddove appaiono esclusi dal diritto d'appello all'estero i concittadini del magistrato che aveva pronunciato il primo giudizio, ma, rispetto agli stranieri, si parla di appello all'estero in genere, senza limitarlo ai giudici del paese della parte soccombente.

(5) Demostene. Risulterebbe dal passo dell'Orazione *De Halonneso*, nn. 5-15 (78, 79).

proprie, così l'ammissione dell'appello all'estero equivaleva nella maggior parte dei casi a garantire agli stranieri l'applicazione della loro legge nazionale, almeno in seconda istanza. Ma siccome, oltre ai motivi di appello ammessi in favore della parte soccombente (1), la diversità della legge amministrata nelle due istanze sarebbe stata spesso una causa necessaria di disformità di sentenze, entrambe giustificate secondo il diritto che rispettivamente le ispirava, il che appunto l'accordo tendeva ad evitare, così è logico ritenere che, ogniqualvolta si ammetteva l'appello al magistrato della parte straniera soccombente, la convenzione provvedesse perchè anche in prima istanza si applicassero dal magistrato territoriale competente, allo straniero ed ai suoi rapporti giuridici, le disposizioni della sua legge personale. Così in questo caso il magistrato di un paese applicava ai rapporti di diritto internazionale privato le disposizioni legislative di un altro. E l'appello all'estero, quando veniva respinto dal giudice appellato, presentava un caso di esecuzione di sentenza straniera, subordinata ad un nuovo esame sostanziale della controversia; e quando era accolto e dava occasione ad una nuova sentenza, riconosciuta poi come definitiva nel paese dov'erasi pronunciata la sentenza di prima istanza, dava per risultato un altro caso di esecuzione di sentenza straniera, con condizioni meno rigorose di revisione (2).

Il passo più volte citato di Demostene accenna, nei rapporti fra Atene e la Macedonia, ad un sistema che nel periodo ellenistico divenne generale fra gli Stati orientali di coltura greca; all'ammissione cioè dello straniero alla protezione giudiziaria senza bisogno d'una particolare garanzia convenzionale. Nei rapporti fra quelli Stati si svolse e si rassodò il sistema ellenico di diritto internazionale privato. La territorialità della legge restava assoluta in tutti i rapporti relativi all'acquisto ed al possesso di immobili (3); mentre nei rapporti coniugali e famigliari venivasi affermando la prevalenza causale del

(1) *Corpus juris attici*, 1245: Ἔκκλητος πόλις, ἣν ἂν ἐκκαλεῖταί τις εἰς τὸ κρίνεσθαι, δηλονότι τὴν πρώτην οὐ στέργων κρίσιν, ὡς πρὸς ἔχθραν κρίνασαν ἢ πρὸς χάριν· ἔξεστι δὲ τοῖς μὲν ξένοις ἐκκαλεῖσθαι πόλιν ἄλλην, τοῖς δὲ πολίταις οὐκέτι.

(2) Di esecuzione d'atti d'autorità straniere, subordinata alla revisione, è esempio il modo seguìto per autorizzare le onorificenze concesse ad Ateniesi da altro Stato. *Corp. jur. att.*, 1002 (Aeschin. in Ctesiph., § 47): Μὴ κηρύττεσθαι ὸν ἀλλότριον στέφανον ἐν τῷ θεάτρῳ, ἐὰν μὴ ψηφίσηται ὁ δῆμος, ἵν'ἡ πόλις ἡ βουλομένη τίνα τῶν Ἀθηναίων στεφανοῦν, πρέσβεις πέμψασα δεηθῇ τοῦ δήμου, ἵνα κηρυττόμενος μείζω χάριν εἰδῇ τῶν στεφανούντων τοῖς Ἀθηναίοις, ὅτι κηρῦξαι ἐπέτρεψαν.

(3) Cic. *pro L. Flacco*, 32.

diritto personale del padre di famiglia (1), tanto nelle relazioni personali quanto in quelle patrimoniali e successorie.

Così il diritto internazionale privato andava svolgendosi di stadio in stadio nell'àmbito delle genti elleniche. Da prima l'individuo era giudicato potenzialmente soggetto alla legge nazionale, ma l'applicazione rigorosa del criterio territoriale della sovranità arrestava praticamente l'azione di quella legge ai confini dello Stato dove imperava il legislatore, e per converso il carattere nazionale del diritto privava l'uomo d'ogni protezione e i suoi atti d'ogni regolamento da parte della legge e della magistratura d'ogni Stato diverso da quello cui apparteneva come cittadino. Più tardi i bisogni del commercio internazionale ispirarono, le clausole di speciali convenzioni formularono, e la consuetudine generalizzò, una serie di deroghe a questi criterii assoluti, per effetto delle quali fu estesa anche allo straniero la tutela della legge, e gli fu concesso il ricorso alla magistratura, ma applicando sempre alla definizione delle sue attitudini giuridiche, ed al regolamento dei suoi atti e dei suoi rapporti, la legge territoriale. Da ultimo, lievemente modificando il concetto politico della territorialità con quello giuridico delle intime ragioni di competenza, si applicava eccezionalmente la legge personale nel regolamento dello stato della persona in sè, dando invece la preferenza alla legge personale di chi è il fattore principale d'un rapporto giuridico complesso (legge causale). Per tal guisa venivansi affermando due concetti importantissimi per lo sviluppo del diritto internazionale privato: la protezione giudiziaria indipendente dalla necessità assoluta di concessioni convenzionali, ed una certa misura d'applicazione estraterritoriale del diritto della persona.

38. — In tutto il sistema dei rapporti internazionali della Grecia apparisce chiaramente l'influenza della distinzione profonda che la coscienza nazionale faceva fra elleni e barbari. Uno scrittore inglese (2) esprime questa distinzione, dicendo che il persiano considerava il greco come un grande di Spagna avrebbe guardato un borghese di Amsterdam, mentre il greco avea del persiano quella stima che un dotto ha di uno speziale. Ed uno scrittore italiano (3) la riconosce in

(1) Voigt, loc. cit., pag. 240-244.

(2) *Journal of Jurisprudence and Scottish Law Magazine*. Edimburgh, Clarck, luglio 1875, pag. 350-367.

(3) Bonghi, *La storia antica in Oriente ed in Grecia*. Milano, Treves, 1879, pag. 229.

modo più generale, osservando che i Greci si formavano rispetto a tutti i popoli non greci la persuasione di dovervisi e potervisi opporre come gente, non ostante le sue diversità interne, unica e tutta superiore (1). Quella unità che non poteva positivamente affermarsi negli interni ordinamenti costituzionali, affermavasi in Grecia negativamente nel concetto del comune antagonismo col mondo barbarico; ed aveva la sua espressione religiosa e nazionale in quelle confederazioni con altare e culto comuni, ch'erano la manifestazione più eloquente d'una comune nazionalità, ed in quel culto del *Zeus* panellenico, in cui s'impersonava il concetto unitario di tutto il mondo greco (2).

Di tale concetto non mancano espressioni nemmeno nelle contese fra le città greche, quale la norma che una di queste movendo guerra ad un'altra non dovesse consultare gli oracoli (3); il ricorso frequente all'arbitrato, e la stessa inserzione nel trattato fra Argo e Sparta della clausola arbitrale (4). Le diverse condizioni nelle quali era concesso il riscatto ai prigionieri di guerra, l'origine della servitù, la condizione degli schiavi e del loro commercio, erano pure altrettante prove della differenza che si riteneva in tutta la Grecia esistere tra elleni e barbari. Quantunque una parte dei loro culti fossero nella origine attinti a fonti straniere, quantunque dall'Egitto fosse stato importato in Grecia il culto di Iside, e i misteri della Samotracia fossero un avanzo del culto fenicio (5), pure i barbari erano esclusi dai misteri secondo il diritto attico (6), mentre vi si ammettevano i greci di qualunque schiatta. Questi per essere ammessi ai misteri Eleusini non avevano bisogno di farsi iscrivere nella cittadinanza ateniese, mentre, dei popoli barbari, non si citano se non che lo scita Anacarsi, al tempo di Solone, ed al tempo di Augusto l'indiano Zormaro (7). Dai giuochi olimpici, che avevano un carattere nazionale, i barbari erano esclusi (8). E si hanno esempii di naturalizzazione concessa agli abi-

(1) ARISTOTEL., *Polit.*, lib. I, cap. I, § II, 5: Διό φασιν οἱ ποιηταί: " βαρβάρων δ' Ἕλληνας ἄρχειν εἰκός „ ὡς ταὐτό φύσει βάρβαρον καὶ δοῦλον ὄν. — EURIP., *Iphig. in Aul.*, 1400, 1: Βαρβάρων δ' Ἕλληνας ἄρχειν εἰκὸς, ἀλλ' οὐ βαρβάρους — Μῆτερ, Ἑλλήνων. τὸ μὲν γὰρ δοῦλον, οἱ δ' ἐλεύθεροι.

(2) FUSTEL DE COULANGE, *La cité antique*. Ediz. cit., pag. 248-252.

(3) XENOPH., *Hellen.*, lib. III, cap. II, 22: Ἀρχαῖον νόμιμον μὴ χρηστηριάζεσθαι τοὺς Ἕλληνας ἐφ' Ἑλλήνων πολέμῳ.

(4) THUCYD., V, 79, e EGGER, Op. cit., pag. 66, 7.

(5) SCHÖMANN, vol. III, pag. 297-301.

(6) V. pag. 64, n. 3.

(7) SCHÖMANN, vol. III, pag. 276-297.

(8) HERODOT., lib. V, 22: Μὴ βαρβάρων ἀγωνιστέων εἶναι τῶν ἀγῶνα, ἀλλὰ Ἑλλήνων.

tanti di tutta una città, escludendone espressamente, insieme con gli schiavi, tutti quelli che non fossero di nazionalità greca, od ammettendone eccezionalmente soltanto una parte (1).

Sarebbe però in errore chi credesse che tale distinzione, fatta realmente dalla coscienza ellenica fra greci e barbari, producesse gli identici effetti in ogni tempo e nei rapporti internazionali con ogni popolo barbaro. Fu sopratutto contro i Persiani che si andò accumulando negli Stati greci, durante le lotte per l'indipendenza, un'eredità di odio così profondo, da far ritenere con quelli perpetua e doverosa la guerra (2). Contro altri popoli di genio troppo diverso ed antipatico al carattere greco si nutriva un dispregio, che s'estrinsecava non già in odio feroce, ma in un senso di aristocratica superiorità. Così si riprendeva Erodoto per avere derivato dai Fenicii qualche dinastia ellenica (3).

Ma tali sentimenti, che pur manifestavano, nella relativa stabilità dei trattati e delle alleanze, la loro efficacia, non produssero sempre e dovunque nei rapporti internazionali e sopratutto nel regolamento della condizione dello straniero, conseguenze egualmente profonde. Come era stata tenue l'avversione per lo straniero nell'età eroica, così andò di bel nuovo attenuandosi nell'ultimo periodo dell'indipendenza greca, e, sopratutto, durante la diffusione dell'ellenismo, quel sentimento di sprezzo e di rancore che era stato un tempo inseparabile dall'appellativo di barbaro. Tale sentimento era già sempre stato più tenue nelle città commercianti ed in quelle colonie dove la razza greca era entrata in rapporti coi popoli vicini e non avea potuto mantenersi pura da mistione di sangue straniero. Gli Jonii colonizzatori cercavano pacifici accordi coi barbari, non isdegnavano di contrarre con loro intime relazioni e non facevano gran caso della purezza della stirpe, scegliendo le loro donne dove prendevano stanza, fosse fra i Celti, fra i Libii o gli Sciti (4). Ma anche nello stesso conti-

(1) Egger, Op. cit., pag. 112-8. Trattato fra Smirne e Magnesia (244 avanti Cristo) col quale si accordava la cittadinanza di Smirne, oltrechè agli originarii di Magnesia, anche a tutti gli altri suoi abitanti, purchè fossero di condizione libera e di nazionalità greca; e pag. 121: Atto successivo per l'occupazione della piazza forte di Panmagnesia, col quale viene concessa la cittadinanza di Smirne anche ad Omarès ed ai Persiani posti sotto i suoi ordini.

(2) *Corp. jur. att.*, 1236: Μὴ σπένδεσθαι βαρβάροις, μισεῖν τὸ γένος ὡς ἀλιτήριον, ἀδιάλλακτον ἡγεῖσθαι τὸν πρὸς ἀλλήλους πόλεμον.

(3) Curtius, vol. I, pag. 41.

(4) Curtius, vol. I, pag. 478-9; Grote, vol. XIII, pag. 145-8, ed Erodoto, lib. IV, XLVI, 1. *Elogio degli Sciti del Ponto e di Anacarsi.*

nente greco, col procedere del tempo varie cause fecero sì che i pregiudizi si attenuassero, fino ad escludere un certo numero di popoli non ellenici dall'appellativo di barbari. La condizione di barbari non impediva che in Atene vivessero, al tempo di Senofonte, Lidii, Frigi, Sirii ed altri stranieri non ellenici d'ogni maniera, accolti nella classe dei metéci (1). È ben vero che per un certo tempo ridondava da tal fatto a tutta quella classe un certo dispregio (2), ma ciò non impediva che da tutti si ammirasse come un esempio la sapienza dei Fenicii nell'arte della navigazione (3), e nell'agricoltura si additasse come modello il re dei Persiani (4).

Ad aiutare questo avvicinamento contribuivano gli eventi politici, sia sottoponendo i Greci alla supremazia d'altri popoli e costringendoli, come nel caso dei Romani, a rinunciare, rispetto alla gente politicamente dominatrice, a qualunque manifesta pretesa di superiorità o di esclusione; sia, prima ancora, creando fra gli Stati greci una vicenda di equilibrio politico che costringeva taluno di quelli ad appoggiarsi ai barbari per controbilanciare le forze degli altri; sia infine facendo sentire alle classi dirigenti degli Stati monarchici ed aristocratici una solidarietà d'interessi e di analogia costituzionale con paesi barbari costituiti sullo stesso sistema, che poteva in loro più della solidarietà nazionale, esistente cogli altri Stati democratici della Grecia. I tiranni spartani e corinzii, e più ancora i successori di Alessandro si mostravano propensi ad adottare le usanze dei popoli orientali (5); Alessandro stesso ne adottava le costumanze ed i culti, rispetto ai quali abbandonavasi il geloso esclusivismo antico (6), e già al tempo di Demostene era invalso l'uso nei generali ateniesi di stringere relazioni anche di parentela con principi stranieri, così da sentirsi più legati alle relazioni esterne che alla città nativa e da esser tratti a minarne la costituzione repubblicana (7).

Le vicende della politica e l'attrattiva degli interessi economici

(1) XENOPH., *De Vectigal.*, cap. II, 3:..... Λυδοὶ καὶ Φρύγες καὶ Σύροι καὶ ἄλλοι παντοδαποὶ βάρβαροι· πολλοὶ γὰρ τοιοῦτοι τῶν μετοίκων.

(2) DE SAINTE CROIX, *Mém.* cit., pag. 199.

(3) XENOPH., *Oeconomicon*, cap. VIII, 11-15.

(4) XENOPH., *Oeconomicon*, cap. IV, 4: Ἆρα, ἔφη ὁ Σωκράτης, μὴ αἰσχυνθῶμεν τὸν Περσῶν βασιλέα μιμήσασθαι;

(5) CURTIUS, vol. I, pag. 296, 7.

(6) XENOPH., *Memorab.*, I, 1, 1: Ἀδικεῖ Σωκράτης οὓς μὲν ἡ πόλις νομίζει θεοὺς οὐ νομίζων, ἕτερα δὲ καινὰ δαιμόνια εἰσφέρων. — FLAV. JOS. *c. Apion.*, II, 35: Τοῖς δὲ ῥήτορσιν ἔξεστι πολιτογραφεῖν διὰ ψηφισμάτων ξένων θεῶν τὸν ἐπιτήδειον.

(7) CURTIUS, vol. III, pag. 485.

che, fin dal 650 a. C., facevano militare i mercenarii greci nell'esercito di Psammetico, e tre secoli più tardi facevano accorrere i Greci d'Asia in quello di Ciro il giovane, attraevano i barbari d'ogni stirpe nei territorii e negli eserciti greci. Più allargavansi gli obbiettivi della politica, e più ampliavasi la cerchia delle alleanze; Sparta si alleava con Tisaferne contro Atene stipulando l'abbandono alla Persia delle città joniche dell'Asia (1); fuorusciti di Megara e di Cizico andavano ambasciatori di Farnabazo presso gli Spartani, ed Alcibiade cooperava con quelli ai danni degli Ateniesi e dei loro alleati (2). I rapporti col mondo non greco andavano aumentando, e di tanto si scostavano i confini oltre i quali il nome di barbaro conservava l'antico significato; finchè dopo la conquista macedone, quando all'effimero espandersi della potenza militare greca, sopravvisse l'espansione della civiltà ellenica, il concetto della coltura comune sostituì del tutto quello dell'identità della razza nell'indicare le proporzioni della società internazionale, nel seno della quale dovevano considerarsi l'uno rispetto all'altro rivestiti di parità di diritti gli Stati e i loro cittadini rispettivi.

39. — Per giudicare tutto il valore della Grecia nello sviluppo del diritto internazionale privato e in quello del diritto internazionale in genere non dobbiamo infatti trascurare di considerarla da entrambi questi punti di vista: in relazione cioè alle regole di diritto che andò sviluppando nel seno della ristretta società formata dagli Stati di razza ellenica, ed in relazione al concetto di società internazionale che, sempre più largo e più comprensivo, tendeva da ultimo a trascendere di gran lunga la cerchia di quelli Stati. Poichè quelli sono entrambi due lati del progresso delle relazioni internazionali, che, quando trovansi combinati insieme, dànno per risultato una condizione perfetta, ma che nella storia non procedono con sviluppo parallelo, nè con eguale progresso cronologico. La prima forma di progresso che consiste nella frequenza dei rapporti internazionali e nelle norme adottate per regolarli, è un prodotto della coscienza giuridica degli Stati, e la espressione delle loro funzioni internazionali; ma quando si combina soltanto con un concetto ristretto della società internazionale, con un concetto cioè che non trascenda i limiti dei popoli viventi in contiguità territoriale od in rapporto di consanguineità etnografica, dà origine ad un sistema di rapporti e di garanzie che al di là di quei

(1) Thucyd., lib. VIII, cap. XVIII, § 1.
(2) Thucyd., lib. VIII, cap. VI, 1 e 3.

ristretti confini sono come non esistenti. La seconda forma di progresso è notevole, perchè, quanto più vasto sarà l'ambiente nel quale si ammette che si agiti la stessa vita giuridica, tanto più completo ne risulterà il substrato di una società internazionale nel senso più comprensivo della parola. E perchè il diritto delle genti progredisca, entrambi quei concetti sono necessarii, essendo quel diritto, nella sua concezione ideale, il più perfetto regolamento giuridico imperante fra il massimo numero di popoli e di Stati.

La Grecia eccelle fra i popoli dell'antichità appunto perchè, dopo aver nel suo piccolo mondo elaborato tutto un sistema di norme di diritto internazionale, era venuta allargando nell'ultimo periodo della sua esistenza antica le proporzioni della società di popoli cui aspirava ad applicarle come ad una società fra eguali. Sotto il primo punto di vista essa già supera quasi tutti i popoli dell'antichità; sotto il secondo poi li supera di gran lunga tutti. Gli antichi Ebrei e gli antichi Persiani ed Egizii avevano concepito in diverse proporzioni norme di diritto internazionali; ma quanto lontani non erano dalla elaborata complessità di quelle del diritto greco! Gli antichi Cinesi riconoscevano di appartenere ad una società internazionale territorialmente assai più vasta, ma tale società non era meno limitata che l'antica società greca dai confini della fratellanza etnografica; ed il sistema degli Stati cinesi, federati insieme e destinati a finire nello Stato unitario, era ben meno importante come società internazionale che il sistema degli Stati greci, che mai trovavansi collegati politicamente tutti insieme e che, pur nella varietà delle federazioni, mostravano la vivacità della loro vita particolare.

La Grecia, che nel periodo della sua vita indipendente avea sviluppato e praticato fra le varie città in cui era divisa un sistema di rapporti e di norme assai più ricco e complesso di quello degli Ebrei, era giunta nel periodo di espansione della sua cultura, a sviluppare e perfezionare le norme prime formulate, ed a concepire, come campo della loro applicazione, una società di Stati, rispetto alla quale quella degli antichi Stati cinesi apparisce ristretta; e così per la vastità del quadro come per la perfezione del disegno riusciva a superare pertanto tutti gli altri popoli dell'antichità.

Mentre i sofisti erano arrivati al culto della forza ed alla confusione del giusto e dell'ingiusto, i filosofi greci s'erano innalzati al concetto ideale della giustizia ed a quello dell'unico Dio. La giustizia, principio assoluto ed indistruttibile secondo Socrate, si concepiva

come legge comune dei governi e dei cittadini nei rapporti con tutti gli uomini. Platone, riconoscendo l'esistenza di una società naturale fra l'uomo e Dio e facendo di questo l'oggetto della scienza e della virtù, liberava potenzialmente l'uomo dal giogo dell'ineguaglianza (1). Gli stoici arrivavano a quella dottrina dell'unità del mondo in cui gli Stati particolari non possono considerarsi, secondo Zenone, se non come membri di un gran tutto governato dalla ragione (2). Salendo di gradino in gradino, come l'amore ideale platonico insegnato nel Simposio, il pensiero greco arrivava dall'idea dell'isolamento d'ogni città, che era stato il suo punto di partenza, a quella di una esistenza giuridica collettiva della Grecia, e da questa sollevavasi alla concezione della fratellanza fra tutti i paesi ellenizzati e più tardi di quella fra tutti i popoli dell'umanità affratellati dalla stessa legge morale. Di Platone si dimenticavano ormai le regole restrittive (3) circa lo stabilimento dei metéci, per dedurre le più larghe conseguenze dai suoi concetti di fratellanza umana e per dare il più comprensivo significato alle regole che il sentimento dell'umanità gli ispirava a favore dello straniero (4). Di Aristotile si trascurava la giustificazione della schiavitù per ricordare sopratutto le sue regole di morale universale. Penetrava nel mondo ellenico una corrente d'idee che, analoga alla filosofia francese del secolo XVIII, era, nella sua ispirazione e nella sua espressione, l'ultimo frutto della gentilezza delle arti elleniche e della profondità della greca filosofia. Tanto aveva operato la Grecia nella realtà e nell'idealità, nelle norme praticate che formano argomento di storia, e nelle dottrine professate che doveano esser fattori d'altri progressi futuri, quando la sua esistenza politica scomparve nell'impero di un altro popolo che, partito da più umili origini, era diventato tanto più potente di lei.

(1) Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale.* Paris, Alcan, 1887, vol. I, pag. 247.
(2) Cicer., *De Legibus*, VII, 4, 37.
(3) Plat., *De Legibus*, lib. VIII.
(4) Plat., *De Legibus*, lib. V e lib. IX.

CAPITOLO QUINTO

ROMA

40. Concetto primordiale dello Stato e della territorialità del suo potere. — 41. Effetti negativi di questa territorialità di potere e di controllo, sulla personalità dell'individuo ch'esce dal proprio Stato. — 42. Modificazioni delle conseguenze di un tale sistema. — 43. Traccie d'antica estraneità nella graduazione delle classi sociali. — 44. Cause d'indole internazionale della schiavitù e traccie di estraneità nella condizione degli schiavi. — 45. Cessazione della schiavitù e suoi effetti. — 46. Cittadinanza originaria: elemento personale necessario per pretenderla ed elemento territoriale necessario per conservarla. — 47. Cittadinanza acquisita individuale. — 48. Cittadinanza acquisita collettiva; effetti della naturalizzazione. — 49. Ammissione parziale ai diritti dei cittadini. — 50. Varii significati della parola straniero: sua identità piuttosto negativa che positiva. — 51. Modificazioni convenzionali della condizione dello straniero. — 52. Varie specie di trattati. — 53. Varii diritti garantiti per trattato agli stranieri. — 54. Diverse specie di stranieri soggetti; modificazione per legge o per consuetudine della condizione dello straniero. — 55. Contrasto fra stranieri e cittadini a Roma e nei territorii dipendenti. — 56. Specie diverse di diritti in territorio romano: *jus civile; jus gentium* e sua origine. — 57. Sua indole e suo sviluppo. — 58. I diritti dei territorii dipendenti: municipii, prefetture e colonie. — 59. I diritti provinciali. — 60. La giurisdizione romana. — 61. I ricuperatori e le regole speciali di procedura nei litigi interessanti stranieri. — 62. Applicazione della legge in genere a Roma. — 63. Applicazione a Roma dei diritti particolari romani. — 64. Giurisdizione ed applicazione della legge nelle colonie. — 65. Nei municipii. — 66. Organismo giudiziario nelle provincie. — 67. Applicazione della legge e risoluzione dei conflitti nelle provincie. — 68. La giurisdizione e l'applicazione della legge nelle città libere. — 69. Il diritto internazionale privato e lo sviluppo del diritto romano.

40. — Chi voglia giudicare di Roma e della condizione dello straniero nel suo territorio, deve tener bene distinti il periodo primordiale dai successivi periodi della storia romana, e la condizione dell'individuo forestiero da quella dello Stato cui apparteneva. È vero che anticamente ad indicare straniero si usava la parola *hostis;* ma ciò non vuol già dire che allora ogni forestiero fosse equiparato ad un nemico; bensì che la parola *hostis* non era stata usata ancora ad indicare particolarmente *nemico esterno*, ed indicava il semplice carattere d'estraneità non dissimile da quello che fu indicato poi dalla parola *peregrinus*. Il significato d'inimicizia contenevasi invece nel-

l'espressione *perduellis* (1), che più tardi significò il nemico interno, implicando così in sè un concetto delittuoso (2). *Hostis* non aveva allora senso di attuale inimicizia, sicchè poteva dirsi che chiamando il nemico combattente *hostis* si mitigasse *rei tristitiam verbi lenitate* (3). Per tale trasposizione di significato avvenuta più tardi, al nome *hostis* restò il significato di nemico nel senso moderno (4).

Queste distinzioni e trasposizioni dimostrano che, come in Grecia l'appellativo *barbaro*, così a Roma quello di *hostis* fu connesso anticamente con un significato di opposizione ma non di inimicizia, sicchè il significato assunto poi nella lingua classica è del tutto dissimile dal primitivo. Ma un'altra e più importante dimostrazione risulta dal fatto che nè Roma primitiva, nè la primitiva Grecia abbiano usato una stessa espressione per indicare *forestiere* e *nemico*. Ciò dimostra che ad esse ripugnava l'identificazione dei due concetti e che una disposizione nemica verso tutti gli stranieri era estranea alla coscienza dei primi Romani, come dei Greci primitivi. Al Ζεὺς ξένιος degli uni corrispondeva il Giove ospitale degli altri; e nè gli uni nè gli altri si consideravano dovunque in una condizione naturale di guerra. Non risultava pertanto dai loro concetti fondamentali di diritto pubblico che ciascuno Stato potesse considerare gli altri come destituiti d'ogni diritto, soggetti alla cupidigia e vittime del libito altrui tanto quanto la forza lo consentiva.

Quest'idea, così semplice e così antigiuridica, era estranea fin dai primordii alla coscienza romana; anzi le era più completamente estranea nel periodo delle origini di quello che non fosse più tardi, quando la fortunata esperienza della sua storia aveva insinuata in Roma la presunzione di un diritto divino al dominio del mondo. Ammesso dunque aver ritenuto Roma fin da principio che i suoi

(1) Gaius, L. 234, Dig., *De verb. signif.*, 50, 16: " Quos nos hostes appellamus, eos veteres perduelles appellabant, per eam adiectionem indicantes, cum quibus bellum esset ".

(2) Ulpian., L. 11, Dig., *Ad leg. Jul. majest.*, 48, 4: " ... Qui perduellionis reus est hostili animo adversus rempublicam vel principem animatus ".

(3) M. T. Varrone, V, 3: " Multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut *hostis:* nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur; nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem ". Cic., *De officiis*, lib. I, cap. 12: " Hostis enim apud majores nostros is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus..... Quid ad hanc mansuetudinem addi potest, eum quicum bellum geras tam molli nomine appellare? ".

(4) Cic., l. c.: " Quamquam id nomen durius effecit jam vetustas. A peregrino enim recessit et proprie in eo qui arma contra ferret remansit ".

rapporti cogli altri Stati dovessero formare una coesistenza di diritto, fa d'uopo indagare, in relazione coi concetti fondamentali del diritto internazionale privato, in che consistesse simile coesistenza giuridica, di quali elementi originariamente risultasse e quali se ne venissero aggiungendo per varie guise col progresso del tempo.

Poichè non ritenevasi come necessariamente nemico l'individuo straniero e lo Stato cui apparteneva, era naturale che si dovessero riconoscere in tale Stato tutti i caratteri della personalità politica distinta e dell'indipendenza, allo stesso titolo e nelle stesse proporzioni in cui quei caratteri competevano allo Stato romano col quale tali Stati erano o potevano venire in rapporto. Al libero Stato forestiero si riconosceva una personalità politica inquantochè come *civitas*, era in possesso dell'autonomia, importante per esso autorità su sè medesimo ed immunità dall'influenza militare, giurisdizionale ed economica di qualsiasi altro Stato. Gli si riconosceva nel tempo stesso una individualità religiosa, poichè aveva i proprii Dei e le proprie cose sacre, formando con proprii organi una distinta società religiosa. Una individualità civile gli era poi riconosciuta, inquantochè i membri del suo popolo erano considerati, come *cives*, soggetti ad un particolare *jus civile*, che impartiva una completa tutela a tutti i loro rapporti obbligatorii ed a tutti i loro diritti sulle cose (1).

Da tale concetto fondamentale deriva una serie di conseguenze che nel loro complesso dànno i limiti d'una esistenza ben riconosciuta di ciascuno Stato e d'una coesistenza giuridica fra i varii Stati secondo i principii originarii del Diritto romano. Ciascuno Stato esiste di fronte agli altri come un organismo completo che nella condizione di pace esercita la più illimitata potestà nel suo territorio. Il suo diritto ha un impero assoluto su tutti coloro che abitano il territorio, non solo come regolatore e moderatore del *modo* della loro esistenza giuridica, ma anche come *riconoscimento* e tutela in genere d'una qualunque esistenza giuridica; fuori dei confini dello Stato l'autorità di questo e del suo diritto s'estingue, tanto nella potestà di regolare quanto in quella di tutelare le persone e le cose, di dare la loro giuridica definizione, e d'informare i tratti caratteristici di quella loro esistenza giuridica. Onnipotente e riconosciuto per tale dagli altri Stati, in tutta l'estensione del suo territorio, lo Stato, nell'incapacità d'espan-

(1) Voigt, *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, vol. II; *Das jus civile und jus gentium der Römer*. Leipzig, Voigt und Günther, 1858, pag. 268, 269.

sione della sua potestà, è come non esistente al di là di quei limiti (1). Da ciò derivava un'assoluta inettitudine dello Stato alla protezione dei suoi sudditi all'estero; ma non derivava una diminuzione della sua personalità nei rapporti internazionali che ora si direbbero di indole strettamente pubblica. Segregato giuridicamente nei suoi limiti territoriali, ed incapace d'espandere la propria autorità, pur ogni Stato era in quei limiti pienamente sovrano ed era dagli altri riconosciuto come tale. Tale carattere anzi, lungi dall'escludere, suffragava il dovere reciproco degli Stati di rispettarsi e di dare soddisfazione per le lesioni perpetrate contro lo Stato ed i suoi sudditi negli stessi limiti del suo territorio (2).

41. — Da tale ordine di idee lo Stato anzi risulta rappresentato sotto un certo rispetto come un ente più completamente sovrano che non sia lo Stato moderno. L'individuo trovasi, di fronte a questo, investito di certi diritti primordiali che non hanno la loro origine nello Stato cui appartiene ma nella stessa individualità sua; che nello Stato si realizzano, ma che non sono creati da esso. Lo Stato moderno, rispetto a molte qualità essenziali e molte facoltà estrinsecabili dell'uomo, è soltanto regolatore e moderatore; lo Stato antico, specialmente lo Stato secondo il concetto primordiale romano, era creatore della stessa individualità giuridica dell'uomo che, per sua opera esistendo, in esso soltanto poteva realizzarsi. Il massimo isolamento cui possano giungere ora gli Stati civili nei rapporti di diritto internazionale privato, si riduce alla territorialità della legge, che vuol dire misconoscimento, anche rispetto agli stranieri, delle leggi straniere regolatrici della loro capacità e dei loro atti. Ma ai nostri giorni non si potrebbe parlare di misconoscimento completo della persona giuridica dello straniero, appunto perchè l'uomo è riconosciuto quale soggetto di diritti in sè e per sè indipendentemente dalla legge che contiene la norma secondo cui deve esercitarli.

La territorialità della legge secondo la dottrina primordiale romana era invece ben più completa e più comprensiva. Gli Stati stavano l'uno accanto all'altro come persone sovrane, e, fuori della giusta guerra, inviolabili; ma gli individui pertinenti a ciascuno Stato da questo esclusivamente ripetevano ed in questo solo potevano realizzare la loro personalità giuridica. Questa pertanto non solo nelle

(1) Voigt, vol. II, pag. 41, 2, 5, 6-62.

(2) Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*. Leipzig, Veit., 1885, vol. I, pag. 279, 280.

sue singole emanazioni, ma nella stessa essenza sua, perdeva ogni efficacia al di là delle frontiere dello Stato che la creava e la garantiva (1). Ecco perchè, nel considerare l'antichità romana, devesi tener bene distinta la condizione internazionale dello Stato da quella dell'individuo; la prima conteneva in sè il concetto e rendeva possibile lo sviluppo di tutto un sistema di diritto internazionale pubblico; la seconda (2) trovavasi invece in perfetta antitesi colla stessa esistenza d'un diritto internazionale privato.

Il substrato necessario all'esistenza di questo: una personalità cioè da tutelare ed una capacità che si afferma e si esplica, nell'antichità romana scompare, o per dir più esattamente, diventa del tutto potenziale e latente nell'individuo (3) al di là dei confini del proprio Stato, non riprendendo la sua concreta esistenza in via di *postliminio* (4) se non quando si ritorni al di qua di tali confini.

Lo straniero pertanto trovavasi nell'impossibilità d'esplicare in qualsiasi guisa le proprie attitudini giuridiche; non poteva legalmente contrattare in territorio non suo; non poteva acquistare mediante il possesso la proprietà delle cose, perchè la legge disponendo che: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, autorizzava il cittadino a rivendicare sempre la sua proprietà contro di lui; nè poteva ottenere dal magistrato la protezione della sua persona perchè di questa, non considerata come soggetto di diritto, poteva acquistarsi la proprietà per occupazione insieme con quella dei suoi beni, dallo Stato nel cui territorio si trovava ed alla cui *potestas* per tal guisa era sottoposto. Tale era, quando non esistessero trattati o concessioni speciali, la condizione dell'individuo all'estero secondo i concetti fondamentali romani, si trattasse d'un forestiero in territorio romano, o d'un romano in terra straniera. Ed il passo di Pomponio (5), che data dal secondo secolo dell'êra cristiana, prova quanto lungamente si mantenesse quel concetto della condizione dello straniero. « In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum

(1) La territorialità del diritto internazionale privato nel sistema moderno degli Stati, sottopone lo straniero in modo completo appunto a quelle leggi dalle quali la territorialità nel senso dell'antichità romana del tutto lo escludeva.

(2) Voigt, vol. II, pag. 90, 91.

(3) Voigt, vol. II, pag. 42, 3 e 90, 1.

(4) § 5 Inst., *Quib. mod. jus pot. solv.*, 1, 12.

(5) Pomp., L. 5, § 2 Dig., *De captiv.*, 49, 15.

habemus, hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit, et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat ». In ciò è chiaramente riassunta quella condizione giuridica, che potrebbesi dire negativa, ch'era fatta agli stranieri dal diritto romano, e che non ebbe certo piccola parte nell'incoraggiare a poco a poco il favore per i barbari giuochi del circo, non ripugnanti per chi distingueva l'umanità in due parti, l'una godente e l'altra priva di tutti i diritti (1). E concetto fondamentale di tale negazione di diritti era esclusivamente la sudditanza politica; la pertinenza cioè ad un altro Stato. La diversità della razza non aveva un valore preponderante, perchè anche nella identità della razza, che pur esisteva fra Stati adiacenti, la varia pertinenza politica bastava a produrre gli stessi effetti sui rapporti giuridici.

Nè era elemento determinante la religione. Questa aveva bensì un tale carattere nazionale che tutta la vita pubblica e privata era tenuta nel più stretto rapporto col mondo degli Dei patrii e sotto la loro protezione; ma la religione subordinavasi allo Stato piuttostochè essere informatrice dello Stato, sicchè lo straniero non era escluso dalla società politica perchè adorava numi diversi da quelli nazionali, ma era escluso dall'adorazione dei numi nazionali perchè apparteneva ad una diversa società politica. I due termini di questo rapporto: religione e Stato, trovavansi identicamente collegati in tutti gli Stati mediterranei dell'antichità, ma nello sviluppo storico il loro valore comparativo varia da Roma a molti altri Stati dell'antichità.

Mentre in Atene ed in altri Stati minori il concetto dello Stato, intimamente connesso con quello della religione, trovavasi in certa guisa subordinato a quest'ultimo, e la pienezza dei diritti civili dipendeva dalla fede nei numi nazionali; questa dipendenza, se non questa relazione, era estranea alla antichità romana (2). In questa anzi la religione stessa si subordinava allo Stato, ospitale fin dai primi tempi della sua esistenza per le divinità straniere, che si riducevano facilmente, prima al tipo comune delle antiche divinità

(1) Friedlænder, *Mœurs romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins.* Traduct. libre par Ch. Vogel. Paris, Rheinwald, 1865-1874, vol. II, pag. 175.

(2) Zimmern, *Geschichte des Römischen Privatrechts*, vol. I, § 130 e Mayer, *Das Recht der Israeliten*, ecc., vol. I, pag. 337, 8.

italiche (1), e più tardi a certi concetti superiori d'impersonazione di forze e di causalità.

I concetti originariamente determinanti nei rapporti internazionali dei Romani in genere, e specialmente nel loro aspetto di diritto privato, sono dunque quelli dello Stato come tale e del suddito straniero. Il primo viene considerato come persona sovrana nel suo territorio ed in confronto con tutti coloro che lo abitano; atto perciò non solo a legiferare ed a governare, ma anche a pretendere riparazioni per tutte le lesioni dei suoi diritti compiute nel suo territorio. Il secondo, che è soggetto di diritti solo mediatamente in virtù dello Stato cui appartiene, cessa d'esser tale quando esce dai limiti territoriali dove esiste e si realizza quella sovranità. Uscito dalla sfera di competenza di questa sovranità, l'uomo non è più soggetto, ma oggetto di diritto, e cade, insieme colle cose sue, nella *potestas* d'ogni altro Stato nel cui territorio si trovi, senza poter accampare verun titolo assoluto e primordiale alla difesa dei proprii averi ed alla tutela della propria individualità.

42. — Questo modo di considerare i diritti dello straniero, non rappresenta però un sistema effettivamente seguìto dal popolo romano fino alle sue ultime conseguenze ed in tutte le sue applicazioni, bensì il suo punto di partenza. Lo stadio d'isolamento assoluto rappresentato da quella dottrina, era stato già oltrepassato dalle frazionate popolazioni italiche, quando venne fondata Roma; sicchè questa non lo aveva mai conosciuto nella sua integrità. Nè poteva avvenire diversamente in Stati poco estesi di territorio e costretti dalle necessità stesse dell'esistenza ad uscire dall'isolamento nei loro rapporti cogli Stati adiacenti (2). E che così fosse accaduto a Roma nello stesso periodo delle origini, è provato dal fatto che la razza romana era stranamente mescolata di diversi elementi e che il suo culto era un insieme di molti culti diversi, ciascuno dei quali la collegava ad un diverso popolo, sicchè potrebbe affermarsi (3) che trovandosi in contatto per tal guisa con tutta l'Italia e con tutta la Grecia, non trovasse poi popolo che non potesse ammettere al suo focolare. Tale tendenza, che si può constatare fin dalle origini, combinata colla dottrina già

(1) Guhl e Kohner, *La vita dei Greci e dei Romani*, Torino, Loescher, 1889, vol. II, pag. 398, 9; Mayer, loc. cit., vol. I, pag. 7, 8 e Friedlænder, Op. cit., vol. IV, pag. 187-190.

(2) Voigt, vol. II, pag. 92-5.

(3) Fustel de Coulange, *La cité antique*, ediz. cit., pag. 425, 6.

esposta circa la personalità e la tutela giudidica dello straniero, conduce al risultato, che, mentre a questa dottrina s'informa la regola seguìta nel trattamento dello straniero, a quella tendenza s'ispiri tutta la serie di quelle eccezioni che, dopo averla progressivamente limitata nel corso dei secoli, dovevano finire praticamente per abolirla. Nel campo del diritto particolare nessun legame esisteva atto ad istituire un rapporto giuridico fra il cittadino romano ed il forestiero: *nulla peregrinis cum Romanis necessitudo*. Ma questa limitazione della protezione giuridica nello Stato non tarda molto a far sentire i suoi cattivi effetti. La esistenza pur necessaria dei rapporti di fatto, dava sempre più frequente occasione di lamentare la mancata protezione della vita e degli averi e la non assicurata osservanza dei contratti. Sicchè, pur continuando a ritenere che non potesse esistere nei rapporti cogli stranieri una condizione di diritto, quando questa non si fosse prima instaurata artificialmente (1), si ravvisava sempre più necessaria tale instaurazione artificiale di eccezioni alla norma che pur si seguiva.

Simili eccezioni potevano derivare, sia da espresse limitazioni convenzionali od unilaterali, sia da consuetudini formatesi sotto l'influenza di modificate condizioni di cose. Trattati stipulati per difendersi da un nemico comune, o per favorire lo sviluppo della popolazione, o per facilitare lo scambio dei prodotti, aprivano reciprocamente l'adito, ai sudditi degli Stati contraenti, ad una almeno parziale partecipazione alla tutela giuridica nei territorii rispettivi. Più tardi i cresciuti rapporti cogli stranieri, i vantaggi esperimentati dalla loro affluenza in territorio romano (2) ed il bisogno che aveva della loro cooperazione la vita economica di Roma, limitarono a poco a poco, anche indipendentemente da trattati, il pieno vigore della originaria dottrina d'isolamento al caso di guerra, e ridussero la *potestas* dello Stato sul forestiero da un massimo originario di diritto d'uccisione ad un minimo d'occupazione della successione straniera (3) che fu il germe del tanto persistente diritto d'albinaggio.

Il risultato di questo sviluppo storico combinato di conquiste alla periferia e d'assorbimento di varie popolazioni al centro della domi-

(1) Sell, *Die Recuperatio der Römer*. Braunschweig, Vieweg, 1837, pag. 16-20 e 44, 5.

(2) Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, lib. II, cap. III.

(3) Voigt, vol. II, pag. 49-53.

nazione romana, fu di distruggere a poco a poco il carattere esclusivo dell'elemento etnico ond'erasi formata originariamente Roma. Quando il piccolo gruppo d'uomini che l'aveva intrapresa ebbe compiuta la conquista del mondo mediterraneo, si trovò necessariamente perduto nella massa in cui s'era mescolato (1), e colla sua individualità etnica andarono necessariamente perduti i concetti fondamentali di vita giuridica esclusiva che a quella s'erano ispirati. Allorchè il gran quadro della potenza romana fu adombrato, gli stranieri, anche indipendentemente dall'esistenza di trattati, non furono più considerati come destituiti di diritti e di protezione in territorio romano. Nuove condizioni avevano creato nuove consuetudini e queste avevano dato origine a nuovi istituti. Sicchè le varie genti che affluivano a Roma quando Seneca la descriveva (2) non solo erano soggetti di diritti, ma soggetti altresì d'un ben costrutto sistema di diritto internazionale. Il lungo intervallo di tempo, trascorso dalle origini di Roma a quando Seneca la descriveva come l'emporio del mondo conosciuto, fu segnato da lenti e graduali mutamenti che vi resero sempre meglio governata l'esistenza degli stranieri. La diversamente proporzionata combinazione della regola e delle sue varie e successive eccezioni, studiata nei successivi periodi della storia romana, rivela ad un tempo la condizione complessa dello straniero in Roma, e gli elementi che questa città ha contribuiti allo sviluppo del diritto internazionale privato.

(1) Draper, *Histoire du développement intellectuel de l'Europe*. Paris, Marpon et Flammarion 1887, vol. I, pag. 362, 3.

(2) Seneca, *Ad Helviam matrem*, De Consolatione. Dialogorum (edit. Haase) liber XII; VI, 2, 3, 4: " Aspice, agedum, hanc frequentiam cui vix urbis immensae tecta sufficiunt; maxima pars illius turbae patria caret; ex municipiis et coloniis suis, ex tota denique orbe terrarum confluxerunt. Alios adduxit ambitio, alios necessitas officii publici, alios inposita legatio, alios luxuria opulentum et oportunum vitiis locum quaerens; alios liberalium studiorum cupiditas, alios spectacula. Quosdam traxit amicitia, quosdam industria laxam ostendendae virtuti nancta materiam; quidam venalem formam adtulerunt, quidam venalem eloquentiam. Nullum non hominum genus concurrit in urbem et virtutibus et vitiis magna pretia ponentem. Iube istos omnes ad nomen citari, et " unde domo „ quisque sit quaere; videbis majorem partem esse, quae, relictis sedibus suis, venerit in maximam quidem ac pulcherrimam urbem, non tamen suam. Deinde ab hac civitate discede... omnes urbes circumi: nulla non magnam partam peregrinae multitudinis habet „ e cap. VII sulle trasmigrazioni in genere ; e § 10: " Vix denique invenies ullam terram quam nunc etiam indigenae colant; permixta omnia et insiticia sunt; alius alii successit; hic concupivit quod illi fastidio fuit; ille unde expulerat, ejectus est. Ita fato placuit nullius rei eodem semper loco stare fortunam „.

43. — Dell'antico modo di considerare e trattare gli stranieri trovansi in Roma come altrove le traccie nelle classi sociali; fra queste cioè l'inferiorità ripete anzitutto la propria giustificazione nell'origine straniera. L'aggregazione primitiva, a Roma come in Atene e presso molti altri popoli, riposa, dal punto di vista sociale, sul principio fondamentale dell'eguaglianza. Si potrebbe anzi dire, se non ripugnassero le affermazioni generiche non suffragate completamente da prove, che l'eguaglianza sociale è un carattere comune a tutti i popoli primitivi. E tale concetto di parità sopravvisse anche alle prime composizioni etniche delle tribù onde uscì il popolo romano. S'unificarono allora tre elementi in origine indipendenti in una sola comunanza di Stato, distinti soltanto per un certo tempo dalla varietà delle sedi (1). In questa società di eguali si manifestava più tardi per vicende di carattere interno una serie di disuguaglianze di fatto che il diritto non riconosceva e non contribuiva a conservare, e che soltanto dopo attraversato il periodo della grandezza e toccato quello della decadenza di Roma, si cristallizzò in particolari precedenze e privilegi che corrispondevano a servizi ed a vocazioni particolari. Ma molti secoli prima che un tale movimento d'ordine interno frazionasse la società d'eguali in varie classi subordinate; queste ultime formavansi per un movimento d'ordine internazionale mediante l'adesione e la sovrapposizione nel medesimo territorio di elementi etnografici eterogenei accanto alla società di eguali che lo possedeva. Le classi sociali frazionanti la popolazione dello Stato sono di tutta la storia di Roma; ma dipendenti dalla condizione economica e dal vario grado di potenza sono pertinenti al più tardo, mentre le disuguaglianze sociali dipendenti da cause d'ordine internazionale spettanò al primo periodo di quella storia.

Gli abitanti originarii del territorio conquistato che, privi di proprietà fondiaria, non potevano vivere con sicurezza nella città se non mediante la protezione d'un cittadino che li avesse assunti come clienti, e gli stranieri che, attratti dall'asilo, accorrevano a Roma o presso altri popoli d'Italia e trovavano tutela nella legge solo mercè la protezione d'un cittadino, non formavano classi meno favorite d'un popolo omogeneo, ma erano classi d'origine straniera la cui diminuzione di diritti trovava la stessa giustificazione che valeva in genere per il trattamento del forestiero. I plebei, che pur parrebbero corrispondere alle classi

(1) Karlowa, loc. cit., pag. 91.

meno favorite dalla fortuna delle popolazioni moderne quali erano prima della proclamazione dell'eguaglianza politica fra i cittadini, ne erano diversi perchè derivavano dagli abitanti liberi del territorio conquistato cui si erano lasciate delle terre e ch'erano stati ricevuti come membri inferiori dello Stato senza partecipazione alla sovranità nazionale. Essi erano un popolo straniero in Roma cui pur appartenevano; e quando Roma primitiva fu diventata più potente, nè più volle ammettere tutti i popoli conquistati alla piena cittadinanza, come avea fatto coi Tities e coi Luceres, li aggregò, quando pur li aggregava, in quella condizione inferiore alla sua popolazione (1).

L'inserzione nelle dodici tavole della proibizione di matrimonio fra patrizi e plebei, deriva dalla antica diversità di origine dei due elementi. Da quella diversità deriva pure non solo la diminuzione di diritti che sopravvisse alla promozione dei plebei a cittadini attivi, ma quel senso quasi indistruttibile di altera ripugnanza col quale tanto più a lungo (2) li considerò la parte originariamente romana della popolazione. Le lotte per l'eguaglianza civile presentano dunque nella storia romana tutti i caratteri di sforzi per l'assimilazione di elementi etnografici diversi (3); lotte di primazia diverse intimamente, come quasi tutte quelle dell'antichità, dalla lotta di classi che si agita nelle società moderne. La ripulsione delle genti bianche per quelle di colore negli Stati Uniti d'America presenterebbe ora qualche analogia, se non negli elementi fra i quali si effettua, nello spirito che la informa, con quell'antico antagonismo fra le varie classi di una medesima società.

44. — Analoghi rapporti e considerazioni analoghe di diritto internazionale, giustificano l'origine e il modo di essere della schiavitù. La più antica e per lungo tempo la principale fonte della schiavitù è stata anche presso i Romani la prigionia di guerra, sicchè gli schiavi erano, anzitutto come stranieri e come nemici (4), privati

(1) Niebhur, *Histoire Romaine*, trad. par De Golbéry, Bruxelles, Hauman, 1830, vol. I, pag. 387-394; Maynz, *Cours [de droit romain*, Bruxelles, Bruylandt-Christophe, 1876, vol. 1, pag. 10, 1, 39, 40.

(2) Friedlænder, vol. I, pag. 179-182 e 187, 8; *Mœurs romaines du Règne d'Auguste à la fin des Antonins.* Traduct. libre par Ch. Vogel. Paris, Rheinwald, 1865.

(3) Cuq, *Les institutions juridiques des Romains envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence. L'ancien droit.* Paris, Plon et Maresq, 1891, pag. 130 e Karlowa, vol. I, pag. 120-2.

(4) § 3 Instit., *De jure personarum*, 1, 3: " Servi ex eo appellati sunt quod imperatores, captivos vendere jubent hac per hoc servare „. — Seneca,

d'ogni diritto. La condizione servile ritenevasi originariamente incompatibile colla condizione di cittadino, sicchè questo poteva vendersi come schiavo in pena della vendita simulata che avesse consentito di sè per lucrare una parte del prezzo e che poi avesse voluto impugnare (1). Fra le origini della schiavitù, la vendita del debitore per impegni privati non adempiuti, o quella del cittadino per mancato adempimento degli obblighi verso lo Stato, appariscono del tutto secondarie, tanto in ordine di tempo quanto in ordine d'importanza. L'origine primitiva e la posteriore alimentazione normale della schiavitù era del tutto diversa; e la popolazione servile era composta dei prigionieri di guerra, della prole di schiavi, e di coloro che una tratta ben organizzata importava e negoziava in territorio romano.

Il trattamento di tutta questa popolazione era nella società romana assai più duro che nella società attica. Nell'una e nell'altra la schiavitù aveva la medesima origine storica e la medesima giustificazione giuridica, ma gli stessi elementi diversamente elaborandosi producevano nei due campi effetti notevolmente diversi. Nel diritto attico il concetto negativo dei diritti che sta alla base della schiavitù vien mitigato nei suoi effetti dalle condizioni materiali ed intellettuali della società in cui si svolgeva. Da principio era limitato il campo d'esportazione degli schiavi che venivano in Atene, sicchè questi non apparivano ai padroni così completamente stranieri da non poter aver nulla di comune con loro; ed anche quando un tale carattere risultasse dalla loro origine, il modo della loro esistenza nel territorio ateniese tendeva ad attenuarlo e quasi a distruggerlo. Il territorio era poco esteso, necessarii e frequenti i rapporti personali fra cittadini e servi, rapida da parte di questi l'assimilazione della coltura che li circondava; e quando il numero accresciuto degli schiavi e la cresciuta ricchezza dei cittadini poteva metter in pericolo quella mitezza di trattamento, l'insegnamento della filosofia, che riconosceva con Aristotele la condizione dello schiavo contraria alla natura, contribuiva per altra guisa a confermarla. Roma invece aveva attraversato bensì un periodo simile a quello più antico della società greca; periodo di vita patriarcale

Epist. Mor., lib. V, ep. VI, 5: " Deinde ejusdem arrogantiae proverbium jactatur " totidem hostes esse quot servos „. Non habemus illos hostes sed facimus „.

(1) § 4 Instit., *De jure personarum*, 1, 3: " Servi aut nascuntur aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili, cum homo liber major XX annis ad pretium partecipandum sese venundari passus est „.

durante il quale l'affinità della razza e la costante consuetudine della vita, dava, come il nome stesso lo indicava, un carattere famigliare ai rapporti fra padroni e schiavi (1). Ma questo stadio dei rapporti sociali cui eransi arrestati i Germani, quando Tacito li additava all'imitazione dei suoi concittadini (2), era stato ben presto oltrepassato dalla società romana. Quando Roma fu portata, dalla più larga sfera delle guerre e del commercio, a carpire gli schiavi all'Asia, all'Africa e ad altri paesi lontani, la diversità del linguaggio, dei costumi e della coltura ribadì, anzichè attenuare, rispetto a loro, col dispregio istintivo per i barbari, la negazione dei diritti comune a tutti gli stranieri (3).

Con tali schiavi il romano sarebbesi vergognato di lavorare e di vivere assieme. Intanto il numero sempre crescente dei servi toglieva di mezzo i rapporti personali, trasformando in crudele durezza l'antica, talor benevola, energia. Ed a rendere più completa tale trasformazione contribuiva l'individualismo romano. L'uomo trovavasi in Roma ben altrimenti armato di fronte allo Stato che non fosse in Grecia. Mentre qui i concetti fondamentali di diritto pubblico giustificavano, come nei rapporti del padre col figlio così in quelli del padrone col servo, la costante azione moderatrice dello Stato, in Roma il padre di famiglia era nella sua casa un sovrano non sottoposto ad alcun limite nei suoi poteri nè ad alcun controllo nel modo di esercitarli. Questo non fu potuto conseguire se non nell'epoca imperiale quando nuovi concetti di diritto pubblico (4) elaboravansi nella società romana che si trasformava e quando (5) varie leggi successive negarono ai padroni di vendere gli schiavi per i combattimenti delle belve senza l'intervento dell'autorità, ed accordavano loro una partecipazione al diritto di asilo (6). Il concetto fondamentale della schiavitù restava però sempre lo stesso; Gajo afferma sancita la negazione negli schiavi d'ogni diritto dalla legge comune a tutti i popoli, sostenendo che presso tutte le

(1) Seneca, *Epist. Mor.*, lib. V, ep. VI, 14: " Majores nostri... dominum patrem familiae adpellaverunt, servos... familiares ".

(2) Tacito, *De situ, moribus et populis Germaniae*, c. XXIV, XXV.

(3) Mayer, vol. II, pag. 50-2.

(4) Seneca, l. c., 13: " Vive cum servo clementer, comiter quoque, et in sermonem illum admitte et in consilium et in convictum ".

(5) Gaii, *Instit.*, I, § 53: " Sed hoc tempore neque civibus Romanis, nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire " e § 2 Instit., *De iis qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 8.

(6) Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 52-4 e Maynz, vol. III, pag. 82.

genti è concesso ai padroni diritto di vita e di morte sugli schiavi, e che questi, qualunque cosa acquistino, l'acquistano per i padroni; e tale affermazione è copiata dai collaboratori di Giustiniano (1).

Nei servi dunque si perpetuava e concretamente si affermava per la loro dimora nel territorio dello Stato, quella negazione di diritti che colpiva tutti gli stranieri quando fossero entrati, non garantiti specialmente da un trattato di protezione, nel territorio dello Stato romano. Quella *potestas* che su tutti gli stranieri incombeva potenzialmente ed alla quale i soli trattati prima e la consuetudine poi potevano sottrarli, rispetto agli schiavi s'era effettivamente esercitata in una generazione e perpetuavasi in quelle successive. Essi erano di per sè inetti ad essere soggetti di diritto; « servi pro nullis habentur »; sono oggetti di diritto, strumenti di rapporti giuridici (2); riflesso della persona del padrone (3). Se manca la persona del padrone senza che prima siasi legalmente compiuta la liberazione dallo schiavo, questo non acquista perciò la libertà, ma, diventato una *res nullius*, può essere acquistato per occupazione dal primo venuto. Sicchè può dirsi che, mentre l'estraneità costituisce, secondo i concetti primordiali del diritto romano, la schiavitù in potenza, la schiavitù rappresenta in atto e condotto alle sue ultime conseguenze quel modo di essere dello straniero. Non è un rapporto per il quale sia necessaria l'esistenza di un padrone, ma una condizione intima personale dello stesso schiavo.

45. — Al carattere fondamentale della schiavitù corrispondeva quello della liberazione la quale, varia nei motivi e nelle forme, aveva sempre direttamente od indirettamente il valore di una naturalizzazione, sia che facesse dell'affrancato senz'altro un cittadino, sia che gli conferisse l'attitudine a diventar tale.

La schiavitù introduceva materialmente un elemento straniero nella società romana. E tanto più facilmente questo avveniva inquantochè il cittadino, libero quanto all'acquisto ed al trattamento degli

(1) § 1 Instit., *De iis qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 8; Gaii, *Instit.* 1, § 52: " In potestate itaque dominorum sunt servi. Quae quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum acquiritur id domino acquiritur ".

(2) Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, vol. I; Halle, *Buchhandlung des Waisenhauses*, 1873, pag. 111, 2.

(3) Theophilus, *Instit.*, lib. III, tit. XVII, 1: " Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται... Ἐπειδὴ ἡ κεφαλὴ καὶ τὸ πρόσωπον τοῦ οἰκέτου ὁ δεσπότης ἐστίν.

schiavi, fu durante gran parte della storia romana altrettanto libero nella loro emancipazione. La cittadinanza era conferita allo schiavo soltanto dalla manomissione solenne, fosse questa una rappresentazione della *in libertatem vindicatio*, o l'iscrizione dello schiavo che il padrone voleva liberare nei registri del censo come cittadino, od un testamento nel quale il padrone disponesse della libertà a favore dello schiavo, o, durante l'impero cristiano, la liberazione nella Chiesa al cospetto della comunità dei fedeli. La forma non solenne di liberazione, avvenisse mediante una dichiarazione privata del padrone fatta *inter amicos* o *per epistolam* o *per mensam*, o con una disposizione di ultima volontà, non aveva per effetto di assimilare lo schiavo liberato ai cittadini, ma pur lo avvicinava a questi in diverso grado. Alcuni, affrancati non solennemente, acquistavano non solo la libertà ma anche quella parte dei diritti civili che spettava ai Latini: questi erano attribuiti alla loro discendenza fino dalla prima generazione, che assimilavasi pertanto ad una classe privilegiata di stranieri. Altri, se non s'erano dimostrati in tutto meritevoli della libertà per la loro condotta antecedente, erano assimilati ai *dediticii*, ad una categoria di stranieri cioè il cui diritto aveva esclusiva origine nella volontà del popolo romana; altri, e prima e dopo che queste due categorie, si spogliavano di generazione in generazione delle ultime traccie di estraneità e di servitù.

Nel rapporto dei Romani cogli schiavi e nell'origine e nel regolamento e nella cessazione della schiavitù prevale il carattere di un rapporto fra cittadini e stranieri. E lo stesso concetto informava i limiti che in varie epoche furono apposti agli effetti della liberazione. Infatti l'affrancato, anche cittadino, non diventò mai eguale sotto ogni aspetto all'uomo libero nell'opinione della società; nè in tutto fu eguale a quello davanti alla legge. Una partecipazione alla sovranità nazionale non fu assicurata agli affrancati cittadini che sotto la censura di Appio Claudio Ceco (1). Dapprincipio per effetto della macchia d'origine forestiera, essi conseguivano colla forma più solenne di manomissione, non più che la condizione di *aerarius*, restando esclusi perciò dal servizio militare e da ogni diritto di voto nelle assemblee. Il nipote dell'affrancato era il primo cittadino nel completo senso della parola, ed il pronipote soltanto era ammesso agli *honores* e poteva esser rice-

(1) Karlowa, loc. cit., pag. 352-5; Maynz, Op. cit., vol. I, pag. 92, n. 54 e vol. III, pag. 134-6,

vuto nel senato. Nel 442, durante la censura di Appio Claudio Ceco, vennero assunti nelle tribù i liberti e con essi la popolazione della città di cui formavano la maggior parte, rendendo loro accessibile qualunque tribù. Ma nel 450 una reazione li risospinse nelle sole quattro tribù cittadine e li escluse dalle centurie, nè furono ammessi a regolare servizio nelle legioni fino al tempo di Mario.

Anche quando la liberazione importava conseguimento della cittadinanza (1), questa era ben lungi dal produrre tosto tutta la pienezza dei suoi diritti, sovratutto nei riguardi del matrimonio e dei diritti politici. E le altre disposizioni che limitarono più tardi l'emancipazione, sia nella stessa possibilità di manifestarsi, sia nell'estensione dei suoi effetti, ebbero talora un movente d'indole economica come quando concedettero ai creditori la facoltà d'impugnare le manomissioni fatte dal debitore in pregiudizio della garanzia del loro credito, ma più sovente s'ispirarono al concetto d'impedire, anche dopo l'emancipazione, la intrusione troppo copiosa nella cittadinanza dell'elemento straniero (2). Gli uffici e gli onori conseguiti facilmente dai liberti durante l'impero, non provano che questo avesse nel primo periodo del tutto mutato sistema; chè anzi la legge Aelia Sentia, e quella Junia Norbana emanate appunto nei primi tempi dell'impero proverebbero il contrario. Quel fenomeno, almeno nel primo periodo, indica soltanto che nel dispotismo di fatto imperante certe funzioni apparentemente politiche sono in realtà meno importanti di certi diritti civili, e che in esse anzitutto si afferma la tendenza insita nell'assolutismo (3) ad eguagliare tutti i sudditi nella soggezione all'imperatore. L'assimilazione dei varii modi di liberare lo schiavo e dei loro effetti si manifestò assai tardi nell'impero, quando da un lato la sovranità politica del cittadino era praticamente estinta, e dall'altro, essendosi estesa la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero, nessuna necessità politica imponeva di conservare nel liberto i caratteri della sua estraneità originaria.

46. — L'antitesi della servitù era la cittadinanza. La prima rappresentava, effettivamente realizzata, tutta quella destituzione di diritti e di tutela giuridica che potenzialmente caratterizzava in territorio romano tutti gli stranieri; la seconda rappresentava la pienezza dei

(1) Cic., *Pro L. C. Balbo*, cap. IX: " Servi denique... persaepe libertate idest civitate donari videmus ".
(2) Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 54-6.
(3) Friedlænder, Op. cit., vol. I, pag. 58 e seguenti.

diritti ed il massimo della tutela giuridica. Gli esseri umani divisi da quelle in due categorie, si distinguevano nello Stato, raccogliendosi nella prima quelli che non erano se non oggetti, nella seconda quelli che erano soggetti del diritto. E come nella servitù prevaleva il concetto di estraneità, così nella cittadinanza il concetto dell'origine prevaleva, oltrechè su quello della convivenza nel territorio, anche su quello della libertà, come la causa sull'effetto. Chi apparteneva per origine alla classe di persone che aveva originariamente costituito lo Stato era necessariamente libero e capace di tutti i diritti; ma chi era libero non diventava perciò solo completamente cittadino. La diversità lungamente persistita fra ingenui ed affrancati, e fra i figli degli uni e degli altri nella legge e più che in questa nel costume, e le varie categorie nelle quali gli affrancati e la loro discendenza si suddividevano (1), avevano la loro ragione di esistere nelle stesse cause che, rendendo la società così avara di protezione verso lo straniero, dovevano anche renderla ripugnante dall'assimilare ai cittadini chi non aveva l'origine comune con questi. Poichè dapprincipio la cittadinanza consisteva sopratutto, in Roma come in Grecia, e come consiste anche ai nostri giorni nelle tribù dell'India (2), in un reale o creduto legame di origine, che prendendo le mosse dalla fondazione dello Stato, ne distingueva la popolazione anche dalle famiglie affini pertinenti a Stati diversi, o passate da questi ad abitare nel territorio di quello Stato. Perciò la plebe era straniera, ed a quella dovevano ascriversi gli stranieri stabiliti nel territorio.

E quella classe superiore, che pare a distanza un'aristocrazia sovrappostasi in una originaria società di eguali, era in realtà una accolta di cittadini che tendeva a conservare la purezza e la potenza propria fra elementi di origine straniera viventi nel medesimo territorio.

Poichè nella cittadinanza prevaleva di tanto il concetto dell'origine a quello della convivenza sotto lo stesso governo e nel medesimo territorio, e poichè ad essa si connettevano tanto potere nello Stato e tanti privilegi nei rapporti civili, era naturale che l'acquisto ne fosse rigorosamente disciplinato nelle condizioni e più ancora negli effetti, e che da molti atti anche involontari potesse risultarne la perdita.

(1) § 5 Instit., *De jure personarum*, 1, 3: " In servorum conditione nulla est differentia. In liberis multae differentiae sunt ".

(2) Lyall, *Études sur les mœurs religieuses et sociales de l'Extrême Orient*, trad. franç., Paris, Thorin, 1885, pag. LX, LXI e 321-385.

Per conferire a taluno un pieno diritto originario alla cittadinanza era necessario che ne fossero cittadini entrambi i genitori; se l'uno dei coniugi era cittadino e l'altro straniero la prole seguiva la condizione della madre, ma non mancarono periodi nei quali si fece sempre seguire in tal caso alla prole la condizione del genitore straniero (1).

In tali casi mancava fin da principio un elemento necessario alla esistenza d'un cittadino. Ma questo poteva perdere tale qualità ogni qualvolta veniva a mancargli posteriormente od una delle condizioni indispensabili della cittadinanza, o la possibilità di farne valere gli effetti. Ciò poteva avvenire sia per libera elezione del cittadino, sia in modo indipendente dalla sua volontà. In quest'ultimo caso trovavasi chi perdeva la libertà. Tutti i liberi non erano cittadini, ma questi dovevano essere tutti liberi; mancata tale condizione indispensabile della cittadinanza, anche questa doveva venir meno. Così, indipendentemente dalla perdita della libertà, motivi politici potevano indurre la società a respingere un cittadino dal proprio seno sia inducendolo all'esilio, sia condannandolo alla deportazione.

Il diritto romano non ammetteva la possibilità di due cittadinanze (2), ma la moltitudine dei sudditi che pur non erano cittadini basterebbe a provare come non ritenesse necessario, al pari del nostro diritto contemporaneo, che ciascuno avesse una cittadinanza. L'esilio o la deportazione pertanto, come la prigionia di guerra, l'estradizione a popolo straniero per espiare una violazione di diritto delle genti; la constatazione di essersi sottratti al censo od al servizio militare, erano altrettanti casi di perdita della cittadinanza. E questa si perdeva in tali casi sia che si acquistasse sia che non si acquistasse da chi n'era privato una cittadinanza straniera (3).

La perdita della nazionalità poteva poi risultare da libera elezione del cittadino o esplicitamente formulata o implicitamente manifestata. L'accettazione di un'altra sudditanza equivaleva, nell'impossibilità giuridica di conservarne due, alla reiezione della sudditanza origi-

(1) Ulpiani, *Fragm.*, V, 8: " ...lex Mensia ex alterutro peregrino natum, deterioris parentis condicionem sequi jubet ".

(2) Cicerone, *Pro Balbo*, c. 11: " Duarum civitatum civis esse nostro jure civili, nemo potest ".

(3) Così era necessariamente del deportato il quale diventava straniero verso lo Stato che lo condannava senza poter diventare cittadino di altro Stato. Dig., lib. XLVIII, tit. XIX, 17, § 1: " Quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate, ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quae juris civilis sunt, non habeant, quae vero juris gentium sunt,

naria (1); ed il semplice abbandono del territorio dello Stato era un'implicita reiezione della nazionalità, quando non fosse accompagnato dal proposito di ritorno o da quello di conservare la cittadinanza romana (2).

Questa infatti, data la territorialità assoluta della sovranità (3), non poteva conservarsi se non fin tanto che conservavasi il legame territoriale fra la persona ed il territorio: nel caso dell'esilio e della deportazione quel legame era infranto dallo Stato che respingeva il cittadino; nel caso della espatriazione spontanea lo infrangeva il cittadino che abbandonava lo Stato; ma in entrambi i casi la causa determinante la perdita della nazionalità era la cessazione dell'attuale vincolo territoriale tra l'individuo e lo Stato. Poichè la necessità di questo vincolo, che non aveva sempre l'efficacia positiva di far derivare la cittadinanza dal soggiorno, aveva però sempre quella negativa di farne derivare la perdita dalla espatriazione (4). Anche in ciò, del resto, come in molti altri riguardi, il diritto romano distinguevasi per il rispetto dell'autonomia individuale se non nel regolamento dell'acquisto almeno in quello della perdita della cittadinanza. Poichè, eccettuati i casi nei quali un imperioso motivo d'ordine pubblico imponeva la reiezione del cittadino, di questo non poteva mutarsi la cittadinanza contro la sua volontà nè impedirgli l'acquisto di un'altra sudditanza ogni qualvolta egli volesse abbandonare (5) quella origi-

habeant „ e lib. XLVIII, tit. XXII, 15: “ Deportatus civitatem amittit et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentis utitur „.

(1) Cic., loc. cit.: “ ...... non esse hujus civitatis civis qui se alii civitati dicarit, potest „.

(2) Pomp., L. 5 Dig., *De captivis*, 49, 15, § 3: “ Et ideo in quodam interprete Menandro qui, posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus; nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua „.

(3) V. pag. 59, 60 e 110, 1.

(4) Cic., *Pro Caecina*, c. XXXIV: “ Quibus confugiunt, quasi ad aram, in exilium..... non adimitur his civitas, sed ab is relinquitur atque deponitur. Nam quum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur haec civitas denique quum is qui profugit, receptus est in exilium, hoc est in aliam civitatem „.

(5) Cic., *Pro Balbo*, c. XI: “ Iure enim nostro neque mutare civitatem quisquam invitus potest, neque si velit, mutare non potest, modo adsciscatur ab ea civitate, cujus esse se civitatis velit... non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest „ e cap. XIII: “ ne quis invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima

naria, con perfetta eguaglianza di effetti, derivanti dagli stessi fatti tanto sulla cittadinanza romana quanto su quella straniera (1).

47. — Ma se a produrre la perdita della cittadinanza bastava la volontà dell'individuo, combinata col fatto materiale dell'abbandono del territorio, la volontà d'altronde, combinata col trasferimento nel territorio, non poteva essere sufficiente a trasformare uno straniero in cittadino (2). Era necessario in tal caso che colla volontà dell'individuo combinasse quella dello Stato, sia quanto all'acquisto della cittadinanza in genere da parte di quello, sia quanto alla determinazione degli effetti di un tale acquisto.

La naturalizzazione infatti ebbe sempre, eccettuati taluni periodi della storia antica, e talune fasi, che pur saranno transitorie, della vita coloniale moderna, carattere di concessione graziosa dello Stato. E tanto più spiccato doveva essere tale carattere, finchè non si ritenne necessario che ciascun uomo dovesse avere una nazionalità, e si ammise l'esistenza di una classe di apolidi o di metéci, ch'erano, nello Stato da essi abitato, sudditi, ma non cittadini. Si trattasse dunque di uno straniero ammesso alla cittadinanza, o di determinate categorie di stranieri che potessero acquistarla, corrispondendo a certe condizioni prestabilite in modo generale dalla legge, la loro assunzione fra i membri dello Stato aveva indubbio carattere di favore, sicchè gli effetti che la volontà e gli atti dell'individuo producevano quanto alla perdita, non potevano derivare da quei soli fattori quanto all'acquisto della cittadinanza. La concessione di questa pertanto non poteva spettare se non che alla autorità sovrana; da principio ai re, poi al popolo mediante una legge od un plebiscito. Verso la fine della repubblica Mario, Silla, Crasso, Pompeo, Cesare e sopratutto gli ultimi triumviri usurparono quel diritto, e gli imperatori se ne impossessarono definitivamente insieme alle altre funzioni del potere legislativo. Il carattere di questo potere non comportava, quanto ai motivi della concessione,

nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum „.

(1) Cic., *Pro Balbo*, c. XII: " Quod si civi romano licet esse Gaditanum, sive exilio, sive postliminio, sive rejectione hujus civitatis; quid est, quamobrem civi gaditano in hanc civitatem venire non liceat?.... Nam quum ex omnibus civitatibus via sit in nostram, quumque nostris civibus pateat iter ad ceteras civitates..... „.

(2) Il diritto romano distinguevasi piuttosto da quello greco perchè si dava più facilmente il caso che lo stabilimento dell'individuo in una città amica non importasse la perdita della cittadinanza originaria.

quei limiti che possono essere necessarii quando in uno Stato organizzato a reggimento libero la concessione della cittadinanza sia lasciata al potere esecutivo. La religione dello straniero non era un ostacolo alla sua adozione (1); nè erano in lui necessarii speciali titoli di benemerenza verso il popolo romano; però la concessione era più facilmente conseguita quando ne suffragavano la domanda meriti di guerra (2).

Coll'andare del tempo due mutamenti, uno di fatto e l'altro di diritto, coi quali si collega tutto lo sviluppo del dominio e delle leggi di Roma, andarono compiendosi nella concessione della cittadinanza romana. Questa divenne sempre frequente e più facile, così da finir per avvicinare la società romana più di qualunque altra a quel punto di comprensività cosmopolita, nel quale il concetto di uomo sarebbe identico a quello di cittadino. Le varie e molteplici relazioni di superiorità nelle quali Roma venne sempre più a trovarsi cogli altri Stati, valse d'altronde ad attenuare prima ed a distruggere praticamente poi il carattere territoriale della cittadinanza. Questa non venne più concessa soltanto a quelli che si stabilivano in Roma, nè si perdette sempre da tutti coloro che abbandonavano, senza proposito di ritorno, il territorio immediatamente posseduto da Roma. Da ciò derivava una modificazione feconda di conflitti nei limiti dell'azione dello Stato e della protezione del cittadino, il cui vincolo nazionale si venne trasformando lentamente di territoriale in personale.

La nazionalità acquisita, non più strettamente legata alla dimora nel territorio, apriva sempre maggiore l'adito all'ingerenza romana nelle altre comunità più o meno dipendenti dal potere di Roma. Le convenzioni, stipulate da queste per impedire la naturalizzazione dei loro cittadini nella metropoli, avevano infatti, insieme collo scopo d'impedire la sottrazione alle varie città degli elementi migliori, anche quello d'impedire nel loro territorio la costituzione di una classe privilegiata, simile agli attuali *protetti* indigeni degli Stati d'Oriente.

48. — Accanto alla naturalizzazione individuale, venivasi sviluppando, con estensione progressiva e con maggior valore storico, quella collettiva. La naturalizzazione così, di secolo in secolo generalizzandosi, contrassegnava la espansione giuridica e la trasformazione dello

(1) Cic., *Pro Balbo*, c. XIII: " ..... nullam esse gentem ex omni regione terrarum, neque tam dissidentem a populo romano odio quodam atque discidio, neque tam fide benivolentiaque conjunctam, ex qua nobis interdictum sit, ut ne quem adsciscere civem, aut civitate donare possimus ".

(2) Cic., loc. cit., c. IX in fine.

Stato romano, come la conquista creava la espansione politica del suo dominio.

La frequenza delle adozioni di nuovi cittadini non era scevra di inconvenienti, o, per parlare più esattamente, doveva turbare in Roma ed altrove i concetti tradizionali del vincolo politico fra l'individuo e lo Stato. Da ciò la resistenza al diffondersi della naturalizzazione romana, suscitata tanto in Roma, quanto negli altri paesi. I Romani mal tolleravano di dover considerare come eguali gli abitanti delle provincie conquistate. L'insinuarsi senza diritto nella cittadinanza era represso mediante leggi speciali (1), e Augusto stesso raccomandava ancora ai suoi successori di conferire sobriamente il diritto di cittadinanza per mantenere la distanza fra cittadini e provinciali (2).

A questa corrispondeva, come accennai, una non minore resistenza in molti altri paesi contro il passaggio dei loro cittadini nella cittadinanza romana (2); ma tutto ciò non valse ad impedire che il moto d'espansione della assimilazione nella città romana progredisse fino ad abbracciare quasi tutto il mondo conosciuto.

La naturalizzazione collettiva cominciò a praticarsi fin dal termine del periodo regio a favore di quelle classi della popolazione di Roma che non erano composte di cittadini, e continuò poi a favore dei latini che avessero esercitata una magistratura nella loro città natale. Colla naturalizzazione accordata alle città latine cominciò poi quell'assimilazione collettiva dei popoli soggetti alla città romana, che, dopo le guerre sociali, si estese a tutta l'Italia e che successivamente s'estese a poco a poco agli altri paesi. Rispetto a questi la naturalità non ebbe sempre carattere di concessione, ma talora era imposta come un complemento della conquista ed in tal caso importava minor somma di diritti per le popolazioni che n'erano oggetto.

Quando si faccia eccezione dalle prime assimilazioni degli abitatori non cittadini nel territorio della città romana, e dalla cittadinanza collettivamente concessa quando già il potere imperiale aveva praticamente tolto ogni valore ai diritti del cittadino, si deve distinguere nel periodo intermedio fra la naturalizzazione individuale concessa in Roma e quella collettiva largita fuori di Roma.

(1) Cic., *De Officiis*, III, 11: " Nam esse pro cive qui civis non sit rectum est non licere; quam tulerunt legem sapientissimi consules Crassus et Scaevola: usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est ".
(2) Friedlænder, Op. cit., vol. I, pag. 182-7.
(3) Cic., *Pro Balbo*, c. XIV.

La prima assimilava veramente di regola lo straniero al romano nei diritti civili, che erano i tratti caratteristici del cittadino, pur mantenendo nella vita politica la preminenza della popolazione originaria, ed in quella privata lasciando privo il naturalizzato dei rapporti di famiglia e di gentilità a quella guisa che il diritto ateniese non ammetteva il suo ingresso nella fratria. Gli effetti n'erano del tutto individuali, nel senso che il figlio dello straniero, nato prima della naturalizzazione del padre, diventava straniero rispetto a quello, se non aveva ottenuto un egual favore, nè poteva raccoglierne la successione (1). Rispetto a certe categorie di stranieri gli effetti della naturalizzazione erano poi singolarmente ridotti. Così l'affrancamento dello schiavo importava originariamente naturalizzazione, ma le leggi *Aelia Sentia* per gli schiavi che avevano avuto cattiva condotta, e *Junia Norbana* per quelli non affrancati solennemente, avevano ascritto invece quelle due categorie di affrancati a due categorie di peregrini. Queste però erano eccezioni, e, di regola, lo straniero naturalizzato in Roma diventava un cittadino romano, o, a parlare più precisamente, fondava una famiglia pienamente romana.

La naturalizzazione conseguita collettivamente da popolazioni viventi fuori del territorio di Roma aveva sempre diverso valore e diverso significato. Talora era concessa loro una cittadinanza diminuita, che, pareggiandoli ai Romani originarii nei riguardi del diritto civile e delle garanzie di diritto pubblico che tutelano l'inviolabilità del cittadino di fronte all'impero del magistrato (2), li privava del tutto dell'esercizio dei diritti politici. La preminenza politica era poi assicurata ai cittadini originarii anche in confronto di coloro che avevano ottenuta la cittadinanza *cum suffragio*, relegando questi soltanto in un determinato numero di tribù. Inoltre nei municipii sussisteva, accanto alla cittadinanza romana, qualche traccia dell'esistenza anteriore e della antica autonomia (3), così che questa da un lato non era più che il ricordo di quella di un tempo (4), e la naturalizzazione

(1) Pausania, lib. VIII, cap. 43, § 5.

(2) Karlowa, Op. cit., vol. I, pag. 352.

(3) Festus... v. *Municeps:* " ..... Item municipes erant qui ex aliis civitatibus Romam venissent: quibus non licebat magistratum capere sed tantum muneris partem; ut fuerint Cumani... qui et cives romani erant et in legione merebant sed dignitates non capiebant "; v. *Municipium:* " ... qui ad civitatem romanam ita venerint uti municipia essent sua cujusque civitatis et coloniae... ".

(4) Maynz, *Cours de droit romain*, 4me édit. cit., 1876, vol. I, pag. 129, 130.

romana degli abitanti ne risultava meno piena nei suoi effetti, che non fosse la naturalità individualmente conseguita nel territorio immediato di Roma.

Come per i singoli, così per le collettività valeva la massima, che l'esistenza di due cittadinanze fosse giuridicamente impossibile. Perciò una città iscritta con tutti i suoi cittadini nella cittadinanza romana non poteva più dirsi *civitas*, cioè comunità sovrana, ma doveva considerarsi come parte della *civitas romana* che l'aveva adottata (1).

Ma nel seno di questa società civile, che oramai la comprendeva, la città siffattamente adottata, formava ancora una comunità particolare per la tutela dei suoi peculiari interessi, sicchè nel suo caso il concetto della cittadinanza non risultava più come nel caso della naturalizzazione individuale o delle più antiche fra quelle collettive, nè del tutto semplice, nè del tutto completo. Infatti gli abitanti di tali città conservavano a dir così nella nazionalità di Stato, che a tutti i membri di questo spettava, una sottonazionalità municipale, che per le conseguenze prodotte, e la relativa autonomia di leggi e di atti garantita, non potrebbe paragonarsi alla pertinenza comunale del diritto moderno. D'altronde quelli abitanti, eguali ai cittadini romani nei pesi, non potevano rivaleggiare con loro nell'esercizio dei diritti politici; poichè lo stesso accentramento della vita pubblica e del governo di Roma sarebbe bastato per costituire la loro inferiorità in confronto dei Romani propriamente detti.

La pertinenza ad un municipio o l'adozione d'un individuo in un municipio non prestavansi a conflitti. I loro cittadini potevano infatti dirsi in un certo senso pertinenti a due patrie (2); ma l'orbita d'azione dell'una o dell'altra era determinata dalla legge della città dominante, sicchè, l'una all'altra coordinate, esse formavano insieme una naturalità organica, come ai nostri giorni quella dei cittadini d'uno Stato composto. E lo stesso avveniva per le ammissioni nei municipii d'individui estranei; poichè se erano estranei al municipio, ma non alla cittadinanza romana, la città era libera nella loro adozione; se invece non appartenevano a quella cittadinanza, l'adozione locale nel municipio non bastava a conferirla. Come nell'attuale diritto britannico la naturalizzazione in una colonia o dipendenza non basta a conferire la

(1) Karlowa, loc. cit., pag. 295, 6.

(2) Cic., *De Leg.*, II, 2: " Omnibus municipiis duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis ".

naturalità britannica, così l'adozione dello straniero in un municipio non valeva a trasformare lo straniero ammesso, in cittadino romano.

Il conflitto poteva verificarsi, nel caso di naturalizzazioni individuali, nei rapporti fra Roma e città autonome, le cui leggi non avessero fatta derivare dall'espatriazione di fatto quella di diritto; o non avessero ritenuta incompatibile la sussistenza dell'antica cittadinanza con quella acquisita. Nel primo caso il naturalizzato a Roma si sarebbe trovato rivestito di due nazionalità in conflitto fra loro; nel secondo il romano acquistando un'altra nazionalità avrebbe perduta quella originaria nei riguardi di Roma, senza che tale effetto fosse stato voluto da lui o contemplato dallo Stato che gli aveva concessa la nuova cittadinanza. Cicerone accenna a tali conflitti di nazionalità nel movimento di popolazione che compivasi al suo tempo fra le città greche, ed in quello che verificavasi fra Roma ed Atene (1); ma fra tutte le legislazioni massimamente vi si prestavano, sopratutto nel primo caso, quelle che, come l'ebraica, avevano un concetto del tutto personale della nazionalità (2).

49. — Del resto la cittadinanza fu in Roma un rapporto uniforme e territoriale soltanto nell'inizio e nel fine del suo sviluppo storico. Nell'origine significò per tutti la pienezza dei diritti, limitatamente al territorio immediato della città; da ultimo significò eguaglianza davanti alla legge di tutti gli abitanti liberi dell'impero romano. Le gradazioni intermedie di luogo e di misura per cui si ammise una nazionalità romana attribuita a genti abitatrici di suolo non nazionale e si graduarono in varia misura gli effetti e gli attributi di quella nazionalità, erano ignorate al primo e restarono quasi del tutto estranee all'ultimo periodo di sviluppo della cittadinanza romana. A questa semplicità e territorialità del concetto di cittadinanza ritornò in ben diverse proporzioni territoriali e con minor copia di attributi la legge Antoniniana *De civitate*, la quale per quanto avesse

(1) Cic., *Pro Balbo*, c. XII: " Sed nos non possumus et hujus esse civitatis, et cujusvis praeterea; ceteris concessum est. Itaque in graecis civitatibus videmus, Athenis Rhodios, Lacedaemonios, ceteros undique adscribi, multarumque esse eosdem homines civitatum. Quo errore ductos vidi egomet nonnullos imperitos homines, nostros cives, Athenis in numero judicum atque areopagitarum, certa tribu, certo numero; quum ignorarent, si illam civitatem essent adepti, hanc se perdidisse, nisi postliminio recuperassent. Peritus vero nostri juris ac moris nemo unquam, qui hanc civitatem retinere vellet, in aliam civitatem se dicavit ".

(2) V. pag. 33, 4, e Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 68.

origine in uno scopo fiscale, ha pure un'importanza che a torto si disconoscerebbe (1), perchè rappresenta l'ultimo risultato d'una tendenza all'universalità lungamente sviluppatasi nella storia di Roma (2).

La storia, la politica, la tradizione, la coltura, il commercio, la filosofia avevano ormai in parte già compiuta, in parte preparata quella generalità della cittadinanza (3); sicchè è indubitato che, seppure un motivo finanziario non avesse persuaso Caracalla a proclamarla, le concessioni successive che da tanto tempo venivano fatte alle popolazioni soggette avrebbero condotto in breve allo stesso risultato (4).

Ma se l'importanza della legge Antoniniana non dev'essere misconosciuta, errerebbe d'altronde chi le attribuisse l'effetto d'aver fatto del tutto scomparire gli stranieri dal territorio dell'impero. Quella legge statuì soltanto per coloro ch'esistevano al momento della sua promulgazione, sicchè può dirsi che l'uniformità di tutti gli abitanti dell'impero nella cittadinanza non sia esistita che nel momento della pubblicazione di quella legge ed immediatamente dopo sia cessata. Potevano riapparire anche dopo quella legge nel territorio dell'Impero *Latini Juniani*, e *peregrini* sia per effetto della *lex Aelia Sentia*, sia per effetto di condanna penale. Oltre a questi gli abitatori delle provincie conquistate posteriormente a quella legge, insieme coi sudditi di quelli Stati barbari che, posti del tutto fuori del dominio romano, pur fornivano tanto contingente alle truppe mercenarie, resero presto tutt'altro che trascurabile il numero degli stranieri viventi nell'impero. Ed anche per quella gran massa di popolazione cui si applicò la legge Antoniniana, questa non produsse tutti quanti gli effetti dell'uniformità. Non fu infatti del tutto abolito il diritto singolare di usare delle proprie leggi, ch'era stato concesso a non poche città; sicchè anche dopo aver del tutto unificato l'impero dal punto di vista politico, vi sussistettero in parte gli elementi della peculiarità di diritto privato e dei conflitti fra leggi diverse (5), che

(1) Gibbon, Op. cit., vol. I, pag. 113.
(2) Voigt, Op. cit., vol. II, pag. 686-9.
(3) Bryce, *Il sacro romano impero*. Trad. Balzani. Milano, Vallardi 1886, capo II, pag. 4-11; Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*. Alcan, Paris 1887, vol. I, pag. 235, 6.
(4) Friedlænder, vol. I, pag. 18-27.
(5) Spanheim, *Orbis Romanus seu ad Constitutionem Antonini Imperatoris de qua Ulpianus*, Leg. XVII, Digestis *De statu hominum*. Exercitationes duae. Halae et Lipsiae, Crugii, 1728, pag. 286-290.

i Romani, anche *universum orbem tamquam unam domum constituentes*, continuavano a mantenere in vigore in qualche parte del territorio.

Giustiniano ribadì e completò l'unità politica fra i sudditi dell'impero, riconoscendo in esso a tutti i liberi il diritto di cittadinanza, ed assimilando gli affrancati agli ingenui; e parve allora conseguito quel punto in cui la *civitas Romana* combinasse colla *civitas gentium*. Ma non per questo cessò del tutto la presenza di stranieri nel suo territorio. Anzi, quasicchè l'uniformità duratura fosse cosa impossibile, sorgevano nella popolazione stessa dello Stato nuovi elementi di differenza, che ne sospingevano una parte in una condizione d'inferiorità, simile a quella del forestiero di fronte al cittadino. Stranieri restavano sempre i barbari e trattati come stranieri erano quelli di loro che per diversi motivi trasmigravano nell'impero; e nella popolazione di questo i varii aggruppamenti di classe e di fede facevano risorgere per diversa azione di cause, ma con identico risultato di effetti, le antiche diversità fra stranieri e cittadini. Il colono trovavasi a poco a poco in condizione più mite, ma più immutabile di quella dello schiavo; l'infedele era sempre più considerato come un *peregrinus* del regno dei cieli, un *hostis* della vera Divinità che, come Dio escludeva dai benefizi della vita futura, così lo Stato doveva mettere il meno possibile a parte dei vantaggi della vita terrena. Anzi l'infedele trovavasi in condizione peggiore del barbaro. L'essere tale non era stato mai ritenuto un delitto, mentre il mantenersi volontariamente infedele si considerava ormai, mutando del tutto in ciò i concetti tradizionali romani di tolleranza (1), e lo stesso concetto fondamentale della devozione, come il maggior delitto che potesse macchiare una coscienza. Così nel vasto ed uniforme campo del cosmopolitismo romano, nel quale, per mancanza di nazioni indipendenti e regolarmente costituite, s'erano venuti quasi del tutto ad estinguere gli elementi del diritto internazionale, gli uomini si disgregarono per effetto della lotta religiosa, non appena l'intento politico li aveva accomunati in uniformità di legge ed in uniformità di condizione.

50. — Come non v'era identità nel concetto di cittadino così non era nè semplice nè unico il significato della parola *straniero* durante

(1) Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*. Paris, Hachette, 1884, vol. I, pag. 336, 7, 9, 340, 345, 387.

la maggior parte della storia di Roma. Nel periodo più antico era straniero chi non apparteneva come membro attivo a Roma (1) e non poteva perciò essere soggetto di diritti; nell'ultimo periodo era tale nel senso politico chi non apparteneva all'impero; ma tutto l'intervallo, tra quel punto di partenza e quella meta della storia di Roma, abbonda di gradazioni e di significati diversi della parola *straniero*. Il senso di questa che sopratutto corrisponde al suo valore nel linguaggio moderno, è quello politico e più precisamente quello politico assoluto, indicante la pertinenza a Stati diversi. Tale era il caso prima della parola *hostis* che si riferiva in origine ai cittadini di altri Stati sovrani, fossero questi o non fossero in rapporti con Roma; e tale divenne pure, fra il V ed il VI secolo di Roma, il senso della parola *peregrinus* (2). Sotto l'uno o sotto l'altro nome il concetto di straniero aveva un carattere politico assoluto, in quanto significava cittadini d'altri popoli che stessero in rapporti amichevoli sia convenzionali sia consuetudinarii con Roma, o che, pur non essendo in istato di guerra, non vivessero con quella in rapporti di amichevole riconoscimento (3). In tutti questi casi l'estraneità e le sue conseguenze risultavano da un fatto semplice e chiaro: o la pertinenza cioè a Stati sovrani stranieri, o la mancanza assoluta d'ogni pertinenza ad uno Stato; e perciò, dopo l'unificazione di regime e di coltura dell'impero romano, straniero o *gentilis* diventò sinonimo di barbaro (4), sia che questo vivesse fuori dei confini dell'impero, sia nel territorio di questo ma senza conseguirvi il diritto di cittadinanza (5).

Il concetto di straniero era pertanto in tali casi semplice ed assoluto; significava la pertinenza ad uno Stato sovrano diverso e implicava l'esclusione dalla vita e dalla tutela giuridica cui partecipavano i nazionali. In tale condizione trovavansi gli *hostes* e quelli coi quali non v'era nè amicizia nè guerra. Ma la stessa condizione di straniero poteva diventare complessa e relativa sia per l'indole del concetto fondamentale che la informava, sia per la varia graduazione delle sue conseguenze. Così *liberi populi* erano quelli non soggetti alla potestà altrui e fra quelli si consideravano *amici* i popoli rispetto ai quali

(1) Voigt, Op. cit., vol. IV, pag. 62.
(2) V. pag. 108-110.
(3) Voigt, Op. cit., vol. II, pag. 73-6.
(4) Apollinaris Sidonii, *Epistulae*, lib. I, 2: " In qua unica totius orbis civitate soli barbari et servi peregrinantur ".
(5) Spanheim, *Orbis Romanus*. Ediz. cit., pag. 363-6.

una convenzione aveva modificata in modo favorevole la condizione normale dello straniero (1). Questi erano forestieri nel senso politico ma, quanto alle sue conseguenze, la loro estraneità diventava relativa per effetto delle concessioni stipulate fra gli Stati rispettivi.

L'estraneità diventava poi relativa nella sua stessa causa rispetto a quelli che erano venuti a far parte del dominio romano e che, appartenendo a Roma come sudditi se non come cittadini, pur cessavano d'essere del tutto estranei alla sua vita giuridica. Tali erano i sudditi o quasi-sudditi d'ogni maniera. I popoli che, conservando l'autonomia e la esistenza nazionale, avevano assunto una personalità distinta ma subordinata a quella di Roma, erano pure stranieri soltanto in senso relativo; erano tali perchè non formavano parte attiva dello Stato romano, ma non lo erano in quanto mancavano di sovranità ed erano nella *potestas* del popolo romano. Gli abitanti delle provincie prima che fossero dichiarati cittadini erano pur detti e stimati stranieri, ma erano ben diversi da quelli che non avevano alcuna relazione di dipendenza con Roma (2); e tali erano pure gli ausiliari barbari stabiliti nello impero. La parola *straniero* applicata agli uni ed agli altri non può dunque non allontanarsi di fatto dal suo significato etimologico (3). In altri casi ed in certi periodi quella designazione non aveva più nemmeno un valore politico relativo e, perduto qualunque significato politico ed internazionale, serviva soltanto ad indicare una pura pertinenza locale. Così era del termine *peregrinus* usato a designare, dopo la costituzione Antoniniana, quelli che non appartenevano alla città di Roma, distinguendoli in tal guisa, non dai cittadini romani in genere, ma dai cittadini della capitale (4); e quelli che non appartenevano ad un municipio o provincia distinguendoveli dagli originarii di quella suddivisione del territorio (5).

Un'altra categoria, che fu sempre importante nella storia di Roma, era formata da coloro che, per diversi motivi, la legge metteva nella

(1) Proculus, L. 7 Dig., *De captivis*, 49, 15: " ... Etenim quid inter nos atque eos postliminio opus est, quum et illi apud nos et libertatem suam, et dominium rerum suarum aeque atque apud se retineant et eadem nobis apud eos contingant? „.

(2) " Peregrinus qui suis legibus utetur „. V. pag. 109, n. 3.

(3) Gaii, *Instit.*, I, 193: " Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, etc. „. Qui i Bitinii, che erano provinciali romani, sono ascritti fra gli stranieri.

(4) Spanheim, Op. cit., 363-6.

(5) Voigt, vol. IV², pag. 66, 7.

condizione di stranieri senza la necessità ch'esistesse o persistesse in loro una vera estraneità politica; questi non erano in realtà forestieri, ma stranieri nel senso del diritto civile. In questo senso era stata straniera la plebe finchè non fu pareggiata nei diritti al popolo quirita; e furono stranieri nello stesso senso (1) i cittadini colpiti dalla *capitis diminutio media* e quei *libertini* che non ottenevano colla manomissione la cittadinanza romana.

Nell'ultimo stadio di sviluppo del dominio romano quella categoria di stranieri nel senso del diritto civile venne ad accrescersi sotto l'influsso d'un principio vecchio che si trasformava, e d'un concetto nuovo che gli antichi Romani avevano ignorato. Per essi, indipendentemente da una vera estraneità, era possibile l'esistenza d'una nuova classe che potrebbe dirsi di *metéci*, non quanto all'origine ma quanto alla condizione, e che lo Stato, governando come sudditi, respingeva come cittadini. Il concetto della comunanza di coltura opponeva ai barbari la popolazione romanizzata, accomunando in questa elementi di ceppo romano e di ceppo barbarico; sicchè uomini appartenenti a quest'ultimo e non romanizzati, potevano convivere come stranieri nello stesso territorio dell'impero, prevalendo il concetto dell'identità di coltura a quello della razza e della sudditanza politica (2). Inoltre un altro concetto che la civiltà romana (3) aveva trascurato assai più completamente che la greca (4) nel determinare la condizione dell'uomo dinanzi al diritto, acquistava, rispetto a questo, un valore nuovo dopo la diffusione del cristianesimo, prima contro i cristiani e poi contro i pagani, gli ebrei e gli apostati, ispirando quelle ordinanze posteriori a Costantino che, come di *hostes* del regno di Dio, assimilava la loro condizione alla estraneità.

Così nel raggruppamento degli uomini davanti al diritto e nel concepimento delle leggi applicabili in uno Stato, Roma imperiale abbandonava del tutto i concetti fondamentali originarii della sua storia. La devozione del paganesimo romano era stata tale da allontanare lo spirito religioso dall'aspirazione all'unità della fede e dal proselitismo (5) ed il pensiero giuridico dall'unità del diritto. La

(1) Karlowa, Op. cit., vol. II, pag. 257-9. Leipzig, Veit, 1892.
(2) Voigt, vol. IV², pag. 62.
(3) Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 337, 8.
(4) V. pag. 78, 9, e Zimmern, *Geschichte des Römischen Privatrechts*, vol. I, § 130.
(5) Boissier, *La religion romaine*. Ediz. cit., vol. II, pag. 377, 8.

nazionalità della fede ammetteva la coesistenza indefinita dei culti. La nazionalità del diritto ripugnava dalla partecipazione dello straniero alle istituzioni giuridiche dello Stato. Abbandonato il paganesimo per il cristianesimo il proselitismo e l'unità religiosa s'imposero in materia di fede, e l'uniformità della legge in materia giuridica; sicchè tutte le antiche traccie d'estraneità tra gli abitatori dello stesso paese dovevano sparire, ed una nuova sorgerne che cacciasse chi non entrava nell'unità della fede fuori dell'unità dello Stato.

Sotto la denominazione di *peregrini* si sintetizzarono dunque nelle epoche successive della storia romana ed anche nella medesima epoca le condizioni fra loro più diverse. D'un lato stava il cittadino fornito di tutti i diritti civili e politici, non suscettibile di certe pene ed atto ad appellare al popolo da ogni abuso di potere dei magistrati. Dall'altro stavano i peregrini; ma questi, distinti tutti quanti da quello, distinguevansi alla loro volta tra di loro. I Latini, ch'erano a Roma in rapporto analogo a quello degli *isotéli* ateniesi, stavano in condizione superiore alle varie categorie di peregrini, cui le convenzioni o la consuetudine accordavano o sostituivano una parte dei diritti civili, dei quali erano originariamente del tutto incapaci (1). Agli altri erano inferiori i *dedititii* che s'erano rimessi in tutto all'arbitrio ed alla generosità del popolo romano. L'identità del concetto di *peregrino* apparisce dunque piuttosto negativa che positiva; manca una caratteristica comune a tutti loro quando si eccettui quella di essere uomini liberi non cittadini; ed un concetto della loro condizione non può risultare che da una serie di distinzioni delle misure variamente graduate di attitudini giuridiche ch'erano concesse loro da convenzioni, dalla legge e dalla consuetudine, e dalle quali risultarono i caratteri differenziali della loro personalità.

51. — Per tutti era eguale il punto di partenza, sia quanto alla dimora nel territorio, sia quanto alla maggiore o minore somma di diritti ch'era pattuita a loro favore.

Dal primo punto di vista il diritto che aveva lo Stato di eliminare gli elementi stranieri non si manifestava tanto colla loro esclusione assoluta dal territorio, quanto colla loro espulsione individuale o collettiva. Di quest'ultima specie il primo esempio si ebbe per effetto di una legge introdotta dal tribuno Penno; il secondo nel 688 di R. per proposta del tribuno C. Papio collo scopo di mitigare la carestia

(1) Voigt, vol. II, pag. 41, 2.

e la miseria dei cittadini (1); un'altra avvenne sotto Augusto, ed il pretore peregrino C. Cornelio Hispallus intimò con un editto ai Caldei l'espulsione entro dieci giorni da Roma e dall'Italia. Non era però questa dell'espulsione collettiva una pratica frequente, e la coscienza romana la riprovava (2); sicchè quanto alla dimora degli stranieri il punto di partenza dei Romani fu, anche indipendentemente da trattati, una certa larghezza di ammissione alla residenza pacifica nel territorio dello Stato, purchè chi vi era ammesso vi si contenesse correttamente (3). Ma, quanto alla protezione giuridica che lo straniero potesse invocare nello Stato, si ammetteva ch'essa fosse soltanto quale risultava dalle convenzioni stipulate fra Roma e quello straniero o lo Stato cui esso apparteneva. La necessità e le proporzioni di quelle garanzie convenzionali possono, a seconda dei diversi periodi, considerarsi sotto due aspetti e gradi diversi. Originariamente quella necessità è per lo straniero assoluta, nel senso che la protezione della sua persona e degli averi suoi non solo, ma la stessa libertà ed integrità personale esistono soltanto in quanto una convenzione li garantisca. Più tardi lo straniero non è posto più, anche nell'assenza di trattati, al bando d'ogni protezione giuridica, ma resta sempre escluso, se quei trattati non intervengono a favorirlo con una eccezione, dalla vita giuridica dei Romani; sicchè anche quando i temperamenti del diritto delle genti lo fanno riconoscere soggetto del diritto come uomo, il carattere nazionale della legge particolare di Roma lo esclude da quella capacità, da quegli istituti, e da quelle conseguenze di atti giuridici che sono considerati come un privilegio del cittadino. Da prima dunque in senso assoluto, e più tardi in un senso più ristretto, la vita giuridica dello straniero in Roma dipende del tutto da espresse concessioni convenzionali; prima queste sono necessarie per renderlo suscettibile d'una protezione purchessia; poi per ammetterlo a partecipare più o meno largamente della vita giuridica peculiare dei Romani.

Senza parlare dei diritti politici che implicavano una concessione piena (*jus suffragii*) o pienissima (*jus honorum*) della cittadinanza,

(1) Cic., *De Officiis*, lib. III, cap. XI.

(2) Cic., *De Officiis*, l. c.: " Nam esse pro cive, qui civis non sit, rectum est non licere...; usu vero urbis prohibere peregrinos, sane inhumanum est ".

(3) Cic., *De Officiis*, lib. I, cap. XXXIV: " Peregrini autem et incolae officium est, nihil praeter suum negotium agere, nihil de alieno anquirere, minimeque in aliena esse re publica curiosum ".

gli stranieri erano esclusi come tali dai rapporti economici e dai rapporti famigliari ch'erano proprii dei Romani. Non era loro vietato di compiere, sotto la protezione del diritto delle genti, atti analoghi a quelli dei Romani con conseguenza di analoghi rapporti, ma per la forma e l'indole degli atti, per l'indole ed il valore dei rapporti che ne risultavano e per le conseguenze che ne erano prodotte, la loro attività giuridica apparteneva ad una categoria del tutto diversa da quella dei Romani. Così l'unione fra un Romano ed una straniera non era illecita, ma non aveva i caratteri d'un matrimonio romano e non ne produceva gli effetti civili; non dava al padre la potestà sui figli, nè faceva nascere il rapporto di agnazione. Nè agli stranieri erano del tutto sottratti i rapporti giuridici d'indole economica, ma bensì quelli cui le forme solenni romane conferivano attitudine a trasmettere la proprietà romana.

Soltanto un trattato poteva schiudere agli stranieri questo campo esclusivamente romano; e riguardo al commercio l'obbiettivo della concessione era più semplice che non fosse rispetto al connubio. Poichè gli stranieri potevano essere esclusi dal connubio in quanto il matrimonio anche contratto fra loro non portasse gli effetti d'un matrimonio romano, oppure solo in quanto non fossero ritenuti atti a contrarre unioni con cittadini di Roma o con una categoria di questi. In quest'ultima condizione erano originariamente i plebei, e furono sotto gl'imperatori cristiani gli abitanti non cristiani dell'impero (1); nella prima erano tutti i non cittadini durante il maggior periodo della storia di Roma; durante la quale la concessione del connubio importava due facoltà per gli stranieri che n'erano stati oggetto: quella di poter compiere fra loro giusti matrimonii e quella di poter contrarre unioni famigliari con cittadini romani (2).

I trattati fra il popolo romano e gli altri popoli indipendenti avevano dunque, quanto alla tutela individuale, un duplice scopo: quello di assicurare reciprocamente la vita e la proprietà dei cittadini rispettivi, e quello di tutelare la sicurezza dei loro rapporti.

Finchè non esisteva una convenzione fra i due popoli, i loro cittadini rispettivi non avevano nè un assoluto diritto alla protezione reciproca, nè la possibilità di contrarre gli uni cogli altri rapporti immediatamente protetti dal diritto. Da entrambi i punti di vista la

(1) L. 2, Cod. Theodos., *De nupt.*, III, 7 e L. 6, Cod., *De Jud.*, I, 9.
(2) Karlowa, Op. cit., vol. II, pag. 69. Leipzig, Veit und C., 1892.

stipulazione di concessioni era necessaria in un tempo e in uno stato di società nel quale non si riconosceva fra gli Stati una condizione di diritto se questa non fosse stata prima introdotta artificialmente (1). Sicchè tutti i rapporti convenzionali che Roma andò sviluppando, diversi fra loro quanto all'importanza del contenuto ed all'estensione degli effetti (2), hanno questo di comune a tutti: che schiudevano in qualche misura la protezione giuridica di Roma ai varii popoli d'Italia e delle altre regioni con cui essa era venuta in contatto. Il valore di questi trattati, in quanto facevano partecipare i forestieri a certi istituti peculiari dei Romani, era una deroga dai fondamenti originarii del sistema romano.

Questo infatti, avendo preso le mosse ad un tempo dal carattere esclusivamente nazionale del diritto dei cittadini e dall'esclusione completa del diritto straniero, doveva, per tutelare efficacemente la attività giuridica dei forestieri, derogare da uno di quei principii esclusivi. Il Germanesimo modificò quello della esclusione del diritto forestiero e giunse al sistema della personalità delle leggi applicate simultaneamente nel medesimo territorio agli abitatori di origine diversa; il Romanesimo invece mantenne l'esclusione del diritto forestiero, ma, ammettendo lo straniero eccezionalmente a fruire di certi istituti del diritto locale, modificò nelle sue applicazioni il principio della esclusiva nazionalità del diritto privato (3).

52. — L'indole di questi trattati ed il contenuto delle loro concessioni variavano da un minimo di stipulazione d'amicizia, ad un massimo di concessione d'*isopolizia*. I popoli, coi quali erano stipulati e mantenuti, furono d'età in età progressivamente più lontani dal centro della vita romana. Infatti, qualunque fosse il contenuto di quelle convenzioni, esse presupponevano nelle parti contraenti almeno quel tanto di indipendenza che bastasse a non privarle della personalità di Stato. Quando in una delle parti questa fosse estinta e sostituita colla dipendenza da Roma, le concessioni fatte ai singoli membri di quel popolo non potevano più risultare da un trattato, ma soltanto da una legge. Nel secolo VII tale diventa il caso dell'Italia; dal secolo VI divennero numerosi i trattati di quel genere con popoli non italiani; poi a mano a mano che i paesi di questi vennero trasformandosi in provincie la legge sostituì in sempre maggiori proporzioni la conven-

(1) Sell, *Die Recuperatio der Römer*, pag. 45, 6.
(2) Beloch, *Der Italienische Bund unter Roms Hegemonie*, pag. 194.
(3) Voigt, Op. cit., vol. II, pag. 53-6.

zione nel regolare i diritti privati dei non romani, e l'attività giuridica di questi in territorio romano sia fra loro, sia nei rapporti coi cittadini.

Il legame più tenue, ch'era quello d'amicizia, importava per ciascuno Stato contraente l'obbligo di non proteggere i nemici dell'altro, di proteggere nel proprio territorio le persone dei sudditi dell'altro Stato, di sottrarne gli averi dalla possibilità di occupazione, e di rendere possibile fra i sudditi rispettivi, *publico nomine tuti*, la regolare esistenza di rapporti giuridici. Questa specie di trattati, cui appartenevano i due primi fra Roma e Cartagine, pur non presupponendo necessariamente un'ammissione illimitata dei sudditi d'un paese allo stabilimento in tutto il territorio dell'altro, derogavano però sia dalla esclusione dello straniero dalla tutela giuridica, sia dal concetto della assoluta nazionalità del diritto privato.

Un grado maggiore di intimità presupponevano e generavano gli *hospitia* così pubblici come privati. Quanto a valore intimo anche gli *hospitia* privati avevano importanza corrispondente a quella che spetta oggigiorno esclusivamente alle pubbliche convenzioni, poichè estendevano a stranieri la protezione della legge ed il beneficio degli istituti territoriali. Quanto ad indole, servivano sopratutto d'elemento integratore degli altri trattati, poichè, dando allo straniero una protezione analoga alla prossenìa dei Greci ed alla moderna protezione consolare (1), lo mettevano in condizione d'approfittare nel modo più completo dei vantaggi che la legge od il trattato gli consentiva. Gli ospizi pubblici poi, oltre a questi vantaggi sussidiarii, ne garantivano anche altri di maggior momento, come l'accoglienza sicura, la dimora ospitale (2) e probabilmente il diritto di stabilimento e la immunità dall'espulsione (3) e la partecipazione limitata al culto ed ai giuochi romani (4).

La maggiore intimità di rapporti fra Stati indipendenti risultava dal *foedus* che, per quanto avesse, nel creare una *societas* fra i due Stati, uno scopo di diritto pubblico, pure rendeva più intensa, per

(1) Dionigi, lib. II, cap. XI: Οὐ μόνον δ'ἐν αὐτῇ τῇ πόλει τὸ δημοτικὸν ὑπὸ τὴν προστασίαν τῶν πατρικίων ἦν, ἀλλὰ καὶ τῶν ἀποίκων αὐτῆς πόλεων, καὶ τῶν ἐπὶ συμμαχίᾳ καὶ φιλίᾳ προσελθουσῶν καὶ τῶν ἐκ πολέμου κεκρατημένων ἑκ'αστη φύλακας εἶχε καὶ προστάτας, οὓς ἐβούλετο Ῥωμαίων.

(2) Mommsen, *Das römische Gastrecht* nelle *Röm. Forschungen*, I, p. 354 e seguenti.

(3) Karlowa, Op. cit., vol. I, pag. 287, 8.

(4) Liv., lib. XXII, cap. 37.

dir così, la tutela dei rapporti di diritto privato esistenti fra i due paesi. Ciò avveniva tanto nel caso del *foedus aequum* quanto in quello del *foedus iniquum*. Anche questo lasciava sussistere la sovranità dello Stato inferiore, la cui personalità sopravviveva così da poter esso accogliere come cittadini gli esigliati di Roma. Nei riguardi dei privati pertanto, sussistendo la personalità distinta dei due Stati contraenti ed il loro rispettivo organismo legislativo, tanto il *foedus aequum* quanto quello *iniquum* possono considerarsi come garanzie dell'attività giuridica e dei rapporti privati fra i cittadini dei due paesi.

53. — La maggior larghezza di concessioni risultante dall'alleanza si riscontra nel trattato di Servio colle città latine (1) che consacrava la concessione del connubio, oltre alla facoltà di contrattare e di farsi render giustizia. Questi latini — detti *veteres* per distinguerli da quelli che ottennero più tardi analogia di diritti e dalle colonie latine, oltre al diritto di prender parte ad una mancipazione o ad un *nexum*, avevano il privilegio di poter legare o testare a favore d'un cittadino o d'essere favoriti dal testamento d'un cittadino, ma non di ricevere *ab intestato*. Potevano adottare ed esser adottati da un cittadino e fruivano attivamente e passivamente del *commercium agrorum* (2) che pur non era una conseguenza del *commercium* in genere. Il connubio che risultava secondo il trattato primitivo per tutti i latini, non fu poi considerato come una concessione generale, ma accordato individualmente o mediante trattati stipulati con questa o quella città. I vecchi latini del tutto ed in gran parte i *latini coloniarii*, avevano pertanto assicurati diritti privati eguali a quelli dei cittadini romani, e potevano anche acquistare la piena cittadinanza stabilendosi a Roma, se appartenevano ai vecchi latini od alle 27 colonie fondate prima del 486, ed avendo anche appartenuto ai magistrati della città se delle 12 colonie posteriori. Più tardi si considerarono come attributi della *latinità*, indipendentemente da ogni nesso etnografico, i precipui diritti ch'erano stati un giorno particolari dei Latini, e si creò a favore di altri un *jus Latii* artificiale che implicava, senza il *connubium*, l'attribuzione del *commercium* e di qualche facilità per acquistare la cittadinanza romana.

Dalla condizione degli stessi nuovi latini apparisce come, nella

(1) Dionigi, lib. IV, cap. XXV, XXVI.
(2) Voigt, vol. II, pag. 111, 702 e Cuq, Op. cit., pag. 707, 8.

graduazione dei diritti privati, la concessione del *connubium* stesse più in alto che non quella del *commercium*. Questa infatti, e lo stesso *jus nexi mancipiique*, erano spesso largiti senza di quello, mentre la concessione del *connubium* non era quasi mai scompagnata da quella del *commercium*. La prima implicava per l'uomo la facoltà di contrarre un matrimonio che gli conferisse piena autorità sulla moglie e sui figli, e godimento di tutti i diritti di famiglia romani: *manus*, patria potestà, tutela, agnazione, diritto di successione intestata. Per la donna il *connubium* implicava l'attitudine passiva ad un matrimonio legittimo, e pertanto la suscettibilità di passar nella *manus* del marito, di trovarsi in vincolo agnatizio coi suoi agnati, e del diritto di successione intestata (1). Originariamente il *connubium* era concesso dagli Stati mediante un trattato di reciprocità, tenendo conto delle diversità di diritto esistenti fra le classi sociali dei due paesi contraenti, sicchè, per esempio, finchè non v'era connubio fra patrizi e plebei, la classe dirigente di uno Stato non potesse contrarre giusto matrimonio che con quella dell'altro, ed i plebei dei due paesi potessero soltanto maritarsi fra loro.

Quando un romano sposava una straniera colla quale gli spettava il connubio, essa passava sotto l'autorità del marito e ne seguiva la condizione. Se una romana sposava un cittadino d'altro Stato col quale avesse diritto di connubio, il marito non acquistava rispetto a lei la *manus* romana nè la patria potestà romana sui figli, ma quel matrimonio era regolato secondo la legge del marito cui spettava disciplinarne le conseguenze. La concessione convenzionale del *connubio* conteneva dunque in sè originariamente (2) la concessione della cittadinanza e della espatriazione, ed il regolamento del conflitto che risultava dalla disformità di legge dei due coniugi.

Il *commercium*, dal punto di vista romano, più ristretto originariamente inquantochè comprendeva soltanto l'attitudine alla mancipazione, cioè ad atti tendenti all'alienazione ed all'acquisto di una cosa, implicò più tardi in modo più generale anche la facoltà di com-

(1) Karlowa, Op. cit., vol. II, pag. 70.

(2) Karlowa, loc. cit., pag. 70, 1: Quando fu possibile in Roma un *justum matrimonium* senza *manus*, il matrimonio di un cittadino romano con una peregrina colla quale il primo avesse *connubium*, lasciava immutata la condizione della moglie che non diventava *civis romana*, non entrava nè nella *manus* del marito nè nei rapporti agnatizii cogli agnati di lui; ma ciò non vale per il *connubium* concesso convenzionalmente fra Stati autonomi.

piere e di prender parte a tutti gli atti proprii del diritto civile. Siccome però anche quello come il *connubium* era da principio concesso in via convenzionale sulla base della reciprocità, il suo valore deve concepirsi, nei rapporti fra i due popoli che lo avevano stipulato, nel senso che ciascun cittadino d'uno di quelli potesse acquistare contraendo con cittadini dell'altro la proprietà civile delle cose secondo la legge territoriale, come se fosse stato un cittadino del paese, contraente con membri della propria nazione (1).

Questa concessione implicava dunque, nel paese che contraeva rapporti convenzionali con Roma, l'esistenza di atti giuridici corrispondenti alla mancipazione romana e produttivi di effetti corrispondenti; e questo era il caso delle affini città latine, come fu più tardi delle colonie latine; mentre con peregrini il cui paese non conoscesse un istituto simile alla mancipazione la concessione del *commercium* era scompagnata da ogni idea di reciprocità (2).

Importante sopra tutte le concessioni convenzionali, perchè da essa dipendeva l'efficacia pratica di tutte le altre, era la *recuperatio*, cioè il modo di far valere effettivamente i proprii diritti e di ottenere riparazione delle offese che li avevano colpiti. La *recuperatio* non poteva evidentemente stare di per sè in un periodo durante il quale lo straniero era, in mancanza di trattati, del tutto privo della protezione del diritto civile; ma era di quei trattati un elemento sussidiario indispensabile perchè le loro stipulazioni non fossero poste in non cale. Il trattato stesso, dunque, che stipulava fra le parti contraenti la garanzia di certi diritti provvedeva anche ai mezzi per risolvere le controversie che in relazione a quelli fossero sôrte fra gli Stati o fra i loro sudditi, ed appunto quella parte della convenzione (3) che provvedeva tali mezzi era detta *recuperatio*.

La *recuperatio* pertanto, avendo carattere ed ufficio del tutto sussidiario, non implicava, come fu sostenuto (4), un rapporto di *isopolizia* fra i due Stati contraenti, ma poteva assicurare l'esecuzione di qualunque grado di concessioni scambiate fra i due popoli, ed anche della forma più tenue di trattato internazionale (5). Poteva poi interessare direttamente sia il diritto pubblico, sia quello privato, come

(1) Cuq, loc. cit., pag. 708 e Karlowa, vol. II, pag. 71.
(2) Karlowa, vol. II, pag. 71, 2.
(3) Karlowa, vol. I, pag. 292.
(4) Colmann, *De romanorum judicio recuperatio*. Berolini 1835, p. 21, 27.
(5) Sell, *Die recuperatorio der Römer*, pag. 70.

lo indica la stessa definizione di Elio Gallo (1) conservata da Festo. La prima parte della definizione si riferisce agli accordi per risolvere le controversie fra gli Stati (2) e ne è un esempio il trattato con Antioco relativamente ai suoi rapporti coi *socii populi romani* che potevano regolarsi mediante il responso dei giudici oltrechè mediante la guerra (3).

La seconda parte della definizione si riferisce agli accordi diretti a render possibile la riparazione delle offese ed a dirimere le controversie di diritto privato nei rapporti con determinati stranieri. A questa funzione di diritto privato si ridurrebbe anzi, secondo altri, tutto il valore della *recuperatio* (4) interpretando le due parti della definizione di Gallo non già come rispettivamente relative ai rapporti fra Stati, ed a quelli fra privati, ma come contenenti rispettivamente la definizione nominale e la definizione reale degli stessi rapporti di diritto privato. Sicchè secondo questi la *recuperatio* potrebbe definirsi: « Il complesso degli effetti prodotti fra i due popoli dalla reciproca concessione convenzionale della tutela giuridica per pretese di diritto privato sollevate in una città da cittadini dell'altra ». A me pare preferibile l'opinione del Karlowa poichè corrispondendo d'un lato ad esempii storici del duplice obbiettivo della *recuperatio*, corrisponde dall'altro, senza sforzo d'interpretazione, a quella definizione di Elio Gallo che è pure il documento più importante in tale argomento.

Comunque sia, è fuori d'ogni dubbio che la *recuperatio*, come gli altri trattati sovraccennati, presupponeva fra gli Stati contraenti la sussistenza della sovranità, almeno di quel tanto di sovranità che conservasse in quelli i caratteri principali della distinta personalità di

(1) " Reciperatio est, cum inter populum et reges nationesque et civitates, peregrina lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res, reciperenturque, resque privatas inter se persequantur ".

(2) Karlowa, vol. I, pag. 292.

(3) Livio, XXXVIII, 38, § 7: " ... Qui ex regno Anthiochi apud Romanos sociosque sunt, iis jus abeundi manendique esto. servos seu fugitivos seu bello captos, seu quis liber captus aut transfuga erit, reddito Romanis sociisque; § 11: Rhodiorum sociorumve quae aedes aedificiaque intra fines regis Anthiochi sunt, quo jure ante bellum fuerunt, eo Rhodiorum sociorumve sunto; si quae pecuniae debeantur, earum exactio esto; si quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique item jus esto; § 17: Controversias inter se jure ac judicio disceptantor, aut, si utriusque placebit, bello ".

(4) Voigt, Op. cit., vol. IV, 2, pag. 138-140.

Stato. La forma della costituzione era indifferente quanto all'attitudine di contrarre tali trattati (1); fossero regni (reges nationesque) o repubbliche (civitates peregrinae) era riconosciuta in loro identica questa funzione internazionale; ma era indispensabile (2) la sovranità; sicchè i cittadini di paesi dipendenti da Roma, pure rimanendo stranieri rispetto a questa, non potevano conseguire che per altra via una certa partecipazione alla vita giuridica romana.

Il vincitore poteva dettare leggi al vinto; il sovrano imporne ai cittadini od ai popoli soggetti; perciò a mano a mano che si estese la concessione della cittadinanza romana, e s'accrebbe il dominio provinciale e coloniale di Roma, veniva a ridursi e progressivamente a mancare la possibilità di trattati di ricuperazione. Infatti di tanto diminuivano i non romani, la cui condizione giuridica potesse regolarsi per mezzo di convenzioni, di tanto s'accrescevano quelli i cui diritti non potevano definirsi e governarsi che dall'impero d'un solo potere legislativo.

54. — Ma nel sistema internazionale dei popoli antichi, come nel sistema coloniale degli Stati moderni, chi veniva assoggettato da una città non ne acquistava che eccezionalmente la cittadinanza, e l'aveva diminuita di qualche diritto importante anche nei rari casi in cui la conseguiva. Talora avveniva che città soggette ed incorporate nella repubblica romana, conservassero come municipii la loro amministrazione interna, quantunque gli abitanti, singolarmente cittadini di Roma, contribuissero ai carichi dello Stato, compreso il servizio militare, fruendo talora anche dei diritti politici dei cittadini. Più sovente avveniva che i popoli assoggettati, dopo aver perduto nella loro collettività ogni carattere di Stato, restassero stranieri di fronte a Roma, benchè in condizione di fatto diversa nei varii periodi della storia romana. Un popolo del tutto assoggettato era inetto a stipulare un *foedus* col vincitore; per salvarsi dalle conseguenze della *occupatio bellica*, non gli restava altro mezzo che la *deditio*, atto bilaterale col quale il popolo vinto si abbandonava alla *potestas* del vincitore (3). Con questo atto si estingueva di diritto quella indipendenza che la sorte delle armi aveva già estinta di fatto, e quel popolo di *dediticii* restava un'accolta di stranieri caduti nell'arbitrio del popolo romano (4),

(1) Voigt, loc. cit., 136, 7. Cfr. Sell, loc. cit., pag. 46-54.
(2) Sell, pag. 54-7.
(3) Karlowa, vol. I, pag. 293, 4.
(4) Livio, I, cap. 38, § 1-4.

e privi d'ogni diritto che, per atto unilaterale della propria volontà, questo non avesse loro concesso.

Tali concessioni si presentarono però fin da principio come una necessità. Nel loro paese i membri dei popoli vinti non avrebbero conservato, oltre alla vita ed alla libertà, verun altro diritto; l'impero delle loro leggi sarebbe cessato senza che lo sostituisse l'impero di quelle romane. Essi sarebbero caduti, quanto al regolamento dei rapporti privati, in una specie di stato di natura, e nel territorio di Roma, dove pur tanti *dediticii* affluivano, nessuna tutela di legge avrebbero potuto invocare. Esclusi, come durante la loro indipendenza, dalla cittadinanza romana, e sempre peregrini davanti al popolo dominante, una legge di questo poteva essere ormai l'unica fonte della loro condizione giuridica. Tale concessione legislativa (1) si manifestò in due forme diverse: in Italia colla attribuzione del *jus nexi mancipiique*, e fuori d'Italia con quella di un *jus provinciale*. L'origine primordiale di questi due diritti è identica: la volontà cioè del popolo romano; ma il loro contenuto è diverso, poichè, mentre il primo schiude allo straniero soggetto una parte della vita giuridica particolare di Roma, col secondo risorge in parte il diritto anteriore del popolo soggetto e se ne costituisce un diritto speciale che forma, pur nella cerchia dell'impero, un sistema giuridico diverso da quello di Roma.

Il *nexum* ed il *mancipium* concessi ai *dediticii*, li metteva nella stessa condizione dei *peregrini* cui era stato consentito il *commercium*, colla sola differenza che il titolo ne era una largizione anzichè un accordo bilaterale. Inoltre, mentre per i peregrini autonomi il *commercium* costituiva un accessorio dei diritti che avevano nella loro città, il *nexum* ed il *mancipium* erano tutto il patrimonio giuridico dei *dediticii*, privi di diritto proprio; e a quelli si aggiungeva (2) di necessità come una conseguenza la facoltà di star in giudizio. Coll'andar del tempo intorno a questo primo nucleo di diritti concesso in Roma agli stranieri soggetti, altri se ne vennero sviluppando ed aggiungendo. Introdotti nel *jus civile Romanorum* la stipulazione ed il contratto letterale, insieme colla *legis actio per condictionem* pertinente ad entrambi, si può ritenere che venissero attribuite, come il *commercium* e la facoltà in genere di stare in giudizio, anche ai *dediticii* (3).

(1) Voigt, Op. cit., vol. II, pag. 95.
(2) Cuq, Op. cit., pag. 396-8.
(3) Voigt, vol. II, pag. 511, 2.

Nuove forme di disposizioni testamentarie che partecipavano del carattere d'atti *inter vivos* e di quello d'atti *mortis causa*, resero possibile anche ai *dediticii* la compilazione d'un testamento, il parteciparvi come persona solenne; e probabilmente (1) più tardi anche la partecipazione a tutti quei rapporti giuridici che l'impero raggruppò sotto la definizione di *testamentifactio*, così da potersi ritenere che verso il fine della repubblica l'antico *jus nexi mancipiique* siasi mutato in *jus nexi et hereditatis* (2). Così il *jus nexi mancipiique*, che originariamente aveva schiuso agli stranieri soggetti il campo dei rapporti economici fra vivi, s'era esteso negli ultimi tempi della repubblica a tutti i rapporti economici civili ad esclusione della successione intestata. In tal guisa la via di connessione nei rapporti coi *dediticii*, come per via di stipulazioni in quelli cogli stranieri autonomi, genti non romane erano fatte partecipi d'elementi del *jus civile* romano, rispetto al quale si decampava dall'originario concetto che fosse una assoluta ed esclusiva prerogativa della nazionalità, per estendere anche ad elementi eterogenei di popolazione la sua sfera di applicazione.

Rispetto ai *dediticii* poi la concessione dell'*jus nexi mancipiique* aveva un'importanza tanto maggiore della stipulazione convenzionale del *connubium*, *commercium* ed *actio*, inquantochè, oltre a regolare i rapporti degli stranieri soggetti coi Romani, regolava anche i rapporti fra loro ed attribuiva loro attitudini giuridiche delle quali altrimenti, dopo la perdita dell'autonomia, sarebbero stati privi. Dato poi l'obbiettivo di quella concessione, e messi in rapporto colla necessità delle cose i limiti della sua efficacia, è naturale ritenere (3) che con quella concessione andasse di pari passo il mantenimento in vigore del diritto originario dei *dediticii* in quanto non fosse stato sostituito dal *jus nexi et mancipii*, e che, sia per espressa disposizione, sia per tacita tolleranza imposta dalle circostanze, quei due elementi, nazionale e romano, s'integrassero a vicenda nel governare la vita giuridica degli stranieri soggetti, lasciando del tutto al diritto originario il regolamento del matrimonio, rispetto al quale, ogni partecipazione al diritto romano era negata, meno rare eccezioni, ai *dediticii*. La consuetudine

(1) Voigt, loc. cit.

(2) Cic., *Pro Caecina*, XXXV: " .....deinde quod Sulla ipse ita tulit de civitate, ut non substulerit horum nexa et hereditates. Jubet enim eodem jure esse, quo fuerint Ariminenses: quos quis ignorat duodecim coloniarum fuisse, et a civibus romanis hereditates capere potuisse? „.

(3) Voigt, vol. II, pag. 510, 1.

fu la fonte principale di questi allargamenti di concessioni e di questi assetti giuridici misti, consentiti ai *deditícii*. Ed a quella guisa che col procedere del tempo, non si negò più il ricorso alla giustizia di Roma ai peregrini non appartenenti agli Stati coi quali esistesse un trattato di ricuperazione, nella stessa guisa si ammise che valesse per i *dediticii* nei rapporti fra loro il diritto nazionale originario in quanto colle concessioni ed imposizioni posteriori alla conquista non fosse stato sostituito.

55. — Il fatto più notevole della storia romana, dal punto di vista del diritto internazionale privato, sta appunto in ciò, che, fino alla unificazione giuridica dell'impero, a mano a mano che il dominio romano si estendeva, aumentò, ed in Roma e nei varii territorii che in diverso grado ne dipendevano, il numero degli uomini che trovavansi gli uni verso gli altri, e tutt'insieme verso il territorio che abitavano, in contrasto di estraneità. La qual cosa non poteva importare, dove imperava il principio dell'esclusione del diritto peregrino, che ciascuno fosse seguito dal proprio diritto nazionale, nè importava originariamente l'applicazione agli elementi eterogenei della popolazione di un diritto diverso da quello territoriale, ma produceva sempre per quelli una condizione inferiore di fronte al diritto locale.

In Roma tale contrasto manifestavasi da un lato fra i cittadini e quelli che per effetto dell'origine non partecipavano che in parte o non partecipavano del tutto al diritto di cittadinanza (1); dall'altro fra i cittadini ed uomini che avevano in tutto od in parte perduti i privilegi della cittadinanza. Tali erano i mancipati, in cui il ricordo della servitù attenuava i caratteri della libertà, e, sotto gli imperatori cristiani, gli eretici, gli apostati e gli infedeli che erano in tutto od in parte mantenuti o respinti nella peregrinità (2).

La *municipalità* dava origine a diverse maniere di tali contrasti. I *municipes* nel significato originario e transitorio, quelli cioè « qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere sed tantum muneris partem » (3), trovavansi in una speciale

(1) V. pag. 124, 5.
(2) V. pag. 134 e Voigt, vol. II, pag. 916-8.
(3) Festus, v. *Municeps;* Paolo Diacono, *Festi Compendium,* v. *Municipium:* " Municipium id genus hominum dicitur qui quum Romam venissent neque cives Romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum Romanis civibus, praeterquam de suffragio ferendo et magistrato capiendo, sicut fuerunt Fundani... qui post aliquot annos cives Romani effecti sunt ".

relazione intermedia fra l'estraneità e la cittadinanza nei rapporti privati coi cittadini. Quei sudditi di colonie latine o italici alleati, che per premio o per favore personale acquistavano la cittadinanza romana, perdendo così quella originaria, restavano nella loro città, se vi conservavano il domicilio, nella qualità di *municipes* (1); ed assumevano rispetto ai loro antichi concittadini un carattere d'estraneità, simile a quello che si noterebbe oggi in un Annamita domiciliato nell'Annam, che fosse stato ascritto alla cittadinanza francese. Quando tutta una città come tale veniva ricevuta nella cittadinanza romana, diventava collettivamente un *municipio* (2), la cui popolazione formava un tutto omogeneo; ma l'eterogeneità compariva anche in questo caso nelle popolazioni *attribuite*, che formavano, nell'interno del municipio o della colonia, cui erano state assegnate, comuni subordinati forniti di minori diritti (*conciliabula* o *vici*) in confronto del comune principale e dei suoi abitanti (3). Le località soggette avevano territorio ben definito e proprio patrimonio, e si amministravano con magistrati scelti dagli abitanti; ma la giurisdizione ed il potere censorio dei magistrati municipali si estendeva anche a quelle; e quando sorgevano conflitti fra le due amministrazioni erano risolti col giudizio di commissarii di Roma. Sicchè v'era fra i municipii ed i comuni *attribuiti* abbastanza di gerarchia per costituire una subordinazione ed abbastanza varietà di diritto per generare fra i loro abitanti un elemento d'estraneità. Negli abitanti dei luoghi attribuiti si riproduceva pertanto rispetto al municipio quel carattere differenziale che si nota nei municipii stessi rispetto alla maggior comunità che li comprende, quello cioè di essere « una società di partecipanti ai pesi ed ai diritti di un comune corpo sociale cui non appartengono in senso politico come cittadini » (4).

Lo stesso contrasto, quanto alle località attribuite, si manifesta nelle colonie. Quelle di cittadini, condotte per lo più in luoghi già abitati, ponevano subito in contrasto di diritti la classe coloniale dominante colla popolazione soggetta, che non vi formava propria comunità, ma stava come elemento inferiore sotto i magistrati della colonia,

(1) Paolo Diacono, l. c.: "... Tertio quum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt uti municipia essent sua cujusque civitatis et coloniae, ut Tiburti etc. „.

(2) Paolo Diacono, l. c.: " Alio modo quum id genus hominum definitur quorum civitas universa in civitatem Romanam venit, sit Aricini etc. „.

(3) Karlowa, vol. I, pag. 302, 3.

(4) Karlowa, vol. I, pag. 297.

nè aveva parte ai diritti politici. Inoltre Latini e sudditi di Stati federati potevano essere ammessi a partecipare ad una *colonia civium*, sicchè diventavano cittadini della colonia senza acquistare per ciò la cittadinanza romana (1). Così nella stessa comunità coloniale convivevano due classi di popolazione in rapporto d'estraneità, ed una parte della stessa popolazione dominante restava in rapporto d'estraneità colla madre patria (2), come ora avviene degli stranieri naturalizzati in una colonia inglese, che diventano cittadini di quella colonia, ma non della Gran Brettagna (3).

Nel caso delle colonie latine, la popolazione che le costituiva trovavasi nello stesso rapporto d'estraneità cogli abitanti originarii, ed erano, a differenza di quelle di cittadini, in rapporto d'estraneità con Roma; sicchè il Romano che vi si faceva naturalizzare, perdeva per ciò la cittadinanza romana, che solo rinunciando a quella acquisita e tornando a Roma poteva ricuperare per diritto di *postliminio*. La colonia era verso Roma in rapporto analogo a quello degli Stati vincolati da un *foedus iniquum*, colla sola differenza che la sua condizione ripeteva la propria origine da una *lex*, anzichè da un *foedus*, a quella guisa che una colonia autonoma moderna è analoga nella condizione attuale, quantunque diversa nel titolo giuridico e nell'origine storica, da uno Stato semi-sovrano. La loro popolazione pertanto, distinta all'interno in due elementi rispettivamente stranieri, era alla sua volta straniera rispetto a Roma, fatta eccezione da quella parziale partecipazione al diritto civile, che le era concessa mediante il *commercium*.

Nella colonia militare questo contrasto fra i due elementi della popolazione appariva ancora più spiccato, sia che la fondazione della colonia avvenisse in territorio conquistato, concesso come premio della vittoria ai militari che vi si stabilivano, sia che la si fondasse come premio d'un lungo servizio militare e correspettivo di posteriori uffici di difesa addossati alle truppe che v'erano trasferite.

In tutte le colonie poteva poi accadere che, non bastando alla popolazione il territorio assegnato, se ne ritagliasse a suo favore da

(1) Karlowa, vol. I, pag. 320, 1.

(2) Livio, lib. XXXIV, cap. 42, § 5 e 6: " Novum jus eo anno a Ferentinatibus temptatum, ut Latini, qui in coloniam Romanam nomina dedissent, cives Romani essent. Puteolos Salernumque et Buxentum adscripti coloni, qui nomina dederant, et cum ob id se pro civibus Romanis ferrent, senatus indicavit non esse eos cives Romanos ".

(3) V. 1ª ediz. vol. II, pag. 166.

un municipio vicino, formando così una pertinenza della *pertica* della colonia, ch'era ad un tempo una *praefectura* del *municipium* dal cui territorio era stata tolta. Ciò importava la pertinenza di quella *pertica* secondaria al circondario di giurisdizione del municipio cui era stata tolta, e l'incompetenza del magistrato della colonia di mandarvi un *praefectus juri dicundo*, che v'era invece mandato dal municipio (1). I coloni di tale prefettura appartenevano dunque alla colonia, con diversità di giurisdizione rispetto agli altri coloni, e con comunanza di giurisdizione insieme agli abitanti municipali, i quali poi soggiacevano alla loro volta, nei rapporti di diritto privato, a leggi diverse da quelle degli uni e degli altri. Così nelle colonie d'ogni specie s'intrecciavano i rapporti di estraneità fra le varie parti della popolazione, ed in modo più generale fra i coloni e gli abitanti primitivi del loro territorio. L'*imperium*, che la colonia nascitura riceveva nella persona dei suoi curatori, comprendeva infatti la giurisdizione in tutte le controversie sorgenti dopo l'ordinamento della colonia; ed il modo d'esercizio di tale giurisdizione era sostanzialmente regolato dalla legge data prima dell'uscita della colonia. Quest'anteriorità così d'attribuzione di diritti, come di regolamento del loro esercizio, implicava la soggezione degli aborigeni ai nuovi venuti, e l'opposizione fra gli uni e gli altri equivalente a quella fra i cittadini romani e peregrini.

Nè era per lungo tempo omogenea la popolazione provinciale. Durante tutto il periodo repubblicano l'unità della provincia era esclusivamente esteriore, dipendente cioè da un vincolo comune politico, amministrativo e giurisdizionale. La provincia non era allora che una somma di entità comunali egualmente subordinate al potere romano. Il vincolo immediatamente importante dell'individuo era la pertinenza ad una città, e mediante la cittadinanza comunale posseduta in una città provinciale si apparteneva alla provincia (2). Tale carattere del tutto esteriore dell'unità provinciale consentiva la sussistenza di tutte le preesistenti diversità di leggi delle popolazioni costituenti la provincia, sia considerate fra loro, sia in relazione con quelli individui che avevano il carattere di *dedititii* come un attributo puramente personale.

E quando l'impero procedette progressivamente nell'opera della sua unificazione, come non cessò per questo nella sua cerchia l'esi-

(1) Karlowa, vol. I, pag. 303, 4.
(2) Voigt, vol. II, pag. 517-520.

stenza di stranieri (1), così non cessò la coesistenza di genti collegate a diversi diritti privati; fossero questi nuovi peregrini interni di carattere provinciale o confessionale (2), o peregrini propriamente detti, appartenenti a Stati del tutto indipendenti da Roma.

Quella grande unità nella varietà, che fu, per tanta parte della sua storia, il dominio romano, presenta dunque lungamente, anche dal punto di vista del diritto privato, una serie di contrasti fra le varie parti del territorio, e fra i varii elementi di popolazione sia di ciascun territorio soggetto, sia del dominio considerato nel suo complesso. Il concetto originario della esclusiva nazionalità delle leggi civili e quella esclusione del diritto peregrino non erano dovunque, nè furono sempre applicati nello stesso modo e nello stesso grado. Al primo poteva derogare la concessione d'una parte del diritto locale allo straniero, o l'attribuzione allo straniero d'un diritto speciale; al secondo poteva farlo una certa applicazione del principio della personalità del diritto. E l'estraneità d'una parte della popolazione rispetto al nucleo dominante di questa, poteva avere l'effetto di escludere gli estranei in tutto od in parte dalla partecipazione al diritto locale; oppure poteva farli partecipare ad un diritto diverso da quello territoriale, e tale diritto particolare poteva essere o non essere quello originario della persona. Nei rapporti fra individui appartenenti alla stessa categoria di stranieri era necessaria pertanto la scelta della legge da applicare, che non era indicata necessariamente nello stesso modo nelle varie suddivisioni del territorio; nei rapporti fra individui appartenenti ad elementi diversi della popolazione era necessaria, oltrechè la scelta fra la legge territoriale e quelle personali, anche l'altra scelta subordinata di quale fra queste doveva eventualmente prevalere. Importa dunque vedere quando le leggi d'ordine pubblico lasciavano campo a simili conflitti e, nel caso affermativo, come tali conflitti, nelle varie divisioni territoriali del dominio romano, dovessero essere risolti.

56. — Nel territorio romano propriamente detto non coesistevano, nè potevano coesistere altri diritti all'infuori di quello civile romano e di quello delle genti; poichè vi convivevano bensì e vi affluivano stranieri d'ogni maniera, ma il principio della esclusione del diritto peregrino impediva ch'essi potessero positivamente invocare le norme

(1) V. pag. 32, 3.
(2) Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 337, 8 e 342, 3.

delle proprie leggi nazionali. Il diritto civile vale originariamente per tutta l'attività giuridica dei cittadini romani; si distingue nei suoi vari istituti per la solennità delle forme dagli altri sistemi di diritto, e conserva fino all'ultimo il regolamento di certe parti del diritto di famiglia dei cittadini, che presentavano più evidente l'importanza politica insieme col carattere civile (1). Nell'origine però il diritto civile si presenta, rispetto a tutti i rapporti, ad un tempo come una norma assoluta e come un patrimonio esclusivo dei cittadini.

Ma poichè l'antichità romana era ferma ad un tempo nel principio che non si potesse applicare agli stranieri nel territorio di Roma la loro legge nazionale e in quello che la legge romana riflettesse esclusivamente i cittadini; ed era pur necessario di regolare i rapporti giuridici fra romani e stranieri, indipendentemente dall'esistenza d'uno scambio di *connubium*, *commercium* e *recuperatio*, ed oltre i limiti nei quali in ogni caso tale scambio venìa contenuto, risultava indispensabile applicare a tali rapporti una serie di norme, il cui contenuto non fosse nazionale nè nel senso dei cittadini, nè in quello dei peregrini. Così sorse il *jus gentium*, cioè quel diritto speciale che in territorio romano si applicava ai rapporti dei cittadini cogli stranieri e degli stranieri fra loro.

La manifestazione del *jus gentium*, come ramo indipendente del diritto positivo, data dal tempo immediatamente susseguente alla pace punica del 512 (2), sia perchè da allora si ha un magistrato speciale, il pretore peregrino, *qui inter peregrinos jus dicit;* sia perchè, a partire da allora, i *foedera* non stipulano più il *commercium* e la *recuperatio*, che avevano perduta la loro essenziale importanza dopochè esisteva un sistema di diritto che garantiva una protezione più comprensiva allo straniero d'ogni maniera ed alla sua attività giuridica. Rispetto poi all'origine del *jus gentium*, considerato negli elementi materiali del suo contenuto, le opinioni degli scrittori sono disformi. Tutti riconoscono che i Romani vi accolsero istituti dei diritti peregrini, che a questi s'ispirarono nell'allargare istituti loro proprii, come la stipulazione ed il matrimonio; ma non vanno d'accordo circa il

(1) Voigt, vol. II, pag. 950.

(2) O nel 513 o nel 519 (Editto del pretore Publicius che introdusse la *Publiciana in rem*) trovasi l'origine del *jus gentium* come diritto positivo. A quel primo germe si aggiunse poi la *exceptio rei venditae et traditae* e quelle regole pretorie mediante le quali la forma di processo introdotta dalla *lex Aebutia* fu applicata alla *publiciana in rem*. V. Voigt, vol. II, pag. 621.

nucleo primordiale ed il concetto originariamente informatore di quel sistema di diritto.

Alcuni, fra i quali il Müller Jochmus, il Puchta ed il Voigt, ritengono che i rapporti di fatto fra Romani e stranieri abbiano costretto i primi a foggiare nuovi rapporti giuridici, la materia dei quali era stata portata a Roma dagli stessi forestieri (1). Secondo tale opinione pertanto, il *jus gentium* sorse da prima nei rapporti commerciali dei Romani coi peregrini e regolò i loro rapporti e quelli dei peregrini fra loro, ma non quelli fra cittadini, ai quali venne applicato soltanto dopo avere lentamente esteso il campo del suo dominio. Secondo altri invece (2) lo sviluppo materiale del *jus gentium* sarebbe stato inverso. La materia originaria del *jus gentium* si sarebbe sviluppata dai rapporti dei cittadini romani fra loro, e poi, come diritto rispondente alle generali necessità della vita, sarebbe stato applicato anche ai rapporti dei cittadini coi peregrini e dei peregrini fra loro (3).

Secondo gli uni dunque il *jus gentium* sarebbe stato nella sua origine uno sviluppo particolare del diritto civile di Roma affermatosi nei rapporti fra cittadini ed applicato poi a quelli dei forestieri, per reagire di bel nuovo, dopo un lungo periodo di sviluppo indipendente, sui rapporti fra cittadini. Secondo gli altri esso sarebbe sorto dai rapporti fra cittadini e forestieri, e si sarebbe costituito fin da principio da elementi di diritto forestiero, per reagire poi come riflesso esclu-

(1) Müller Jochmus, loc. cit., pag. 135, 6.

(2) Karlowa, vol. I, pag. 451-6 e Cuq, loc. cit., pag. 487-491.

(3) Nessuno dei rapporti pertinenti alla materia originaria del *jus gentium* ha nella propria essenza qualche cosa che dimostri che esso abbia trovato da prima riconoscimento nei rapporti commerciali fra romani e forestieri..... Ed appunto perchè la base di quel diritto che fu poi applicato ai forestieri era venuta prima in vigore nei rapporti dei cittadini fra loro, non poteva designarsi sin da principio come *jus gentium*, ma come *jus* in genere o *jus naturale*. Poichè, mediante la estensione dei rapporti coi peregrini questo *jus* di formazione spontanea romana ebbe acquistata sempre maggiore importanza ed indipendenza, ed i Romani fecero l'esperienza che un diritto analogo era applicato anche negli altri Stati ai loro rapporti cogli indigeni, si indicò allora questo diritto come *jus gentium* e quello applicabile al commercio dei cittadini come *jus civile*. Sicchè per *gentes* non s'intese come vorrebbe il Puchta, gli altri popoli all'infuori di quello romano, ma anche questo, e per *jus gentium* non un diritto vigente relativamente ad altri popoli fuori di quello romano, ma uno valido anche quanto ai Romani;... e la differenza orginaria fra i due stava non già nella fonte straniera dell'uno, quanto nel contrasto fra gli atti formali necessarii nell'uno ed il fatto compiuto sufficiente nell'altro, a creare rapporti giuridici. — Karlowa, vol. I, pag. 451-6 e Cuq, pag. 487-491.

sivo di questo, sui rapporti fra cittadini. Questa disformità di opinioni presenta sotto due aspetti diversi l'origine e la costituzione materiale originaria del *jus gentium*. Ma nell'ammettere che questo, in ogni modo nel periodo precipuo e più lungo del suo sviluppo, s'alimentasse alle fonti del diritto peregrino ed acquistasse pertanto secondo gli uni o ribadisse secondo gli altri un certo carattere di materiale estraneità e di tendenza all'universalità; nel considerare la sua indole nel sistema di diritto romano, e la sua funzione nello sviluppo della storia di Roma, gli uni e gli altri vanno sostanzialmente d'accordo.

57. — Carattere del *jus gentium* era di essere, non già un diritto filosofico affermatosi mediante l'autorità della ragione, ma un diritto positivo territoriale che, raccolti da varie fonti i suoi materiali, pure si affermava nel suo complesso o espressamente o *sine literis*, mediante l'autorità sovrana dello Stato dove era applicato (1). Il diritto positivo dello Stato si distingueva pertanto in *jus civile* e *jus gentium*, identici entrambi quanto all'identità del potere sovrano dal quale scaturiscono come leggi, e diversi fra loro quanto al contenuto ed all'oggetto rispettivo. Il *jus gentium* potrebbe pertanto definirsi nel suo primo significato quel diritto positivo, la cui forza ordinatrice trascende i rapporti giuridici dei cittadini; si applica esclusivamente nei limiti del territorio come il diritto civile, ma in questi limiti governa i rapporti con tutti gli uomini liberi non cittadini. Questo speciale diritto territoriale è chiamato in vigore dalla necessità dei rapporti di fatto, e trova la sua espressione di norma obbligatoria nella legge, nella consuetudine e nella giurisprudenza che completa e sviluppa incessantemente i germi del diritto positivo. Sviluppato da autorità romane in territorio romano nei rapporti coi forestieri, esso risente nella sua formazione la influenza forestiera, sia che questa, come vogliono alcuni, ne abbia fornito il primo germe e ne abbia ispirata la creazione, sia che, come vogliono altri, lo abbia soltanto nutrito ed accresciuto dopo l'origine nei varii stadii del suo sviluppo. E fra questi elementi peregrini la coltura fenicia ha contribuito in minimo grado, in grado medio quella greca, ed in sommo grado quella ellenistica (2) alla sua formazione. Esso dunque in parte è effettivamente, ed in parte si presenta alla coscienza romana, come sintesi

(1) Cic., *De Partit. Oratoria*, 37.
(2) Voigt, vol. II, pag. 631-647.

di norme di diritto rispettate presso tutto il genere umano (1), e che come tale deve adottarsi nel codice domestico d'ogni nazione (2). Veniva accolto ed applicato in Roma come emanazione della coscienza giuridica del mondo (3) ed era per così dire il frutto d'uno studio di legislazione comparata, il primo che con tale intento pratico siasi fatto sulla terra.

La funzione del *jus gentium* fu duplice nella storia di Roma; ebbe cioè un'azione immediata nei rapporti dei forestieri ed un'azione mediata in quelli fra i cittadini. La concezione e l'applicazione del *jus gentium* importavano una deroga sostanziale alla regola originaria della esclusiva nazionalità del diritto. Per effetto di questa regola infatti la legge civile dello Stato non poteva essere invocata dallo straniero, se non in quanto ciò gli fosse stato concesso da una esplicita stipulazione internazionale. Invece col *jus gentium* si ebbe un diritto particolare, che, per essere tale, non cessava dall'essere un diritto dello Stato, e del quale potevano fruire gli stranieri, anzi ch'era concepito e sancito appunto per i rapporti interessanti i forestieri. I quali pertanto, mercè del *jus gentium*, cessavano dall'essere esclusi dalla vita e dalla tutela giuridica dello Stato, e vi partecipavano senza bisogno che una espressa concessione convenzionale potesse invocarsi in loro favore.

La funzione mediata del *jus gentium*, più lenta e graduale nella sua manifestazione, fu, quanto a fecondità storica, ancora più importante. Il campo proprio di applicazione del *jus gentium* fu da principio quello delle relazioni fra uomini liberi non cittadini, e di quelle fra cittadini e liberi forestieri (4); ed i rapporti che particolarmente vi soggiacevano erano quelli relativi od alle parti del diritto civile che non erano state concesse agli stranieri, oppure a tutto il diritto privato, quando non erano intervenute di tali concessioni. Su questa base il *jus gentium* si sviluppò distinto dal diritto civile ed in modo del tutto indipendente (5), ma si trovò connesso con quello ed in gran parte lo sostituì, nel suo sviluppo materiale e sopra

(1) Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 55, 6.

(2) Travers Twiss, *Lectures on the science of int. Law.*, 1856, pag. 2 e 3.

(3) Cathrein P. Victor. S. J., *Das jus gentium im römischen Recht und beim hl. Thomas von Aquin* nel *Philosophisches Jahrbuch* auf Veranlassung und mit Unterstützung der Görres-Gesellschafft., hrsg. von D. Const. Gutherlet, Bd. II, 4 Heft. Fulda 1889, pag. 374 e 375.

(4) Cathrein, loc. cit. pag. 375, 6.

(5) Pernice, *M. Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderteder Kaiserzeit*, vol. I, pag. 57, 8; Halle, *Verlag der Buchlandlung des Waisenhauses.* 1873.

tutto nel suo sviluppo di estensione. All'originario diritto specificatamente commerciale si aggiunsero norme relative ad altri lati della vita civile, come il diritto di famiglia; sicchè a poco a poco il *jus gentium* perdette il suo carattere frammentario ed occasionale per diventare un sistema completo di diritto. E di pari passo esso invadeva il campo dei rapporti fra cittadini, così da giungere a governare del tutto il diritto delle cose e delle obbligazioni ed il processo; e a dividere col diritto civile il dominio del diritto matrimoniale e di famiglia, restando, quanto ai rapporti dei cittadini, del tutto subordinato nel campo della successione testamentaria, ma abbastanza largamente entrato nei rapporti fra *civis* e *civis* per informare gran parte delle norme e la maggior parte delle attitudini del diritto romano.

Prendendo così le mosse da quella cerchia limitata di rapporti per cui era stato chiamato in esistenza, il *jus gentium* estese col corso del tempo il suo dominio, trasportando a poco a poco nel proprio campo anche il commercio civile. La generalizzazione iniziatasi su base positiva, continuò su base filosofica, sicchè il *jus gentium* (1), sotto l'influsso dell'esperienza e della ragione, avviandosi ad essere un *jus commune omnium hominum*, diventò ad un tempo l'elemento più fluttuante (2) e più perfettibile del diritto romano. Giunto al suo massimo sviluppo, esso fu un sistema di diritto che, positivo e nazionale in quanto al suo principio immediato di obbligatorietà, concepivasi come non nazionale e naturale quanto al suo contenuto (3), che presentavasi come applicazione delle conseguenze di quello. Nel *jus gentium* pertanto, fattore originariamente secondario della storia del diritto romano, questo attinse, dopo la vicenda del suo sviluppo positivo e di quello dottrinale, il germe della propria vigoria e la propria attitudine all'universalità.

Taluno, considerando i rapporti cui il *jus gentium* si applicava, lo paragonò al moderno diritto internazionale privato (4). Che il suo

(1) Cic., *De Leg.*, I, 7: " Quibus autem haec sunt communia, civitatis ejusdem habendi sunt. Si vero iisdem imperiis et potestatibus parent, multo etiam magis... ut jam universus hic mundus, una civitas communis deorum et hominum existimanda... „ e *De Officiis*, lib. III, cap. 6: " Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, hi dirimunt communem humani generis societatem: qua sublata... justitia funditus tollitur; quae qui tollunt, etiam adversus deos immortales impii judicandi sunt „.

(2) Müller Jochmus, loc. cit., pag. 135, 6.

(3) Cathrein, loc. cit., pag. 374, 9.

(4) Beach Lawrence, *Commentaire sur les éléments de droit internat. et sur l'histoire des progrès du droit des gens de H. Wheaton*, parte I, vol. I,

concetto e la sua funzione siano del tutto diversi da quelli del sistema giuridico detto attualmente *diritto delle genti*, è troppo evidente, perchè metta conto di spendervi parola. Che invece nel moderno *diritto internazionale privato* si possa trovare una certa analogia col *jus gentium* romano, quanto ad una parte dei rapporti che regola ed alla specie di persone cui si applica, mi par pure evidente. Ma, prescindendo da questa coincidenza del tutto estrinseca di obbietto, parmi che quei due sistemi di diritto presentino dal punto di vista sostanziale una assoluta disformità. Non può paragonarsi il *jus gentium* al diritto internazionale privato considerato come sistema scientifico, perchè questo disciplina l'espansione estraterritoriale delle varie leggi ed i suoi limiti, mentre quello, internazionale per le fonti cui attinge le sue norme, è esclusivamente nazionale nella origine della sua obbligatorietà e territoriale nei limiti della sua applicazione. Nè può paragonarsi colle moderne norme di diritto internazionale privato vigenti nei singoli Stati. Quanto al contenuto, queste non sono norme di diritto materiale regolatrici dei rapporti, ma regole di competenza territoriale che determinano quando deva applicarsi la legge nazionale e quando quella straniera a rapporti interessanti nazionali e stranieri fuori del territorio rispettivo. Quanto all'obbiettivo tali norme intendono regolare e limitare l'azione estraterritoriale delle leggi civili straniere in relazione a quelle nazionali. Il *jus gentium* romano era invece effettivamente un diritto materiale regolante il fondo dei rapporti giuridici; era applicabile come il *jus civile* nel territorio dello Stato, n'era limitata l'applicazione esclusivamente in quello e partiva pure dal concetto, che nessuna legge potesse applicarsi fuori del territorio del legislatore che l'aveva emanata. Chi consideri ad un tempo il carattere territoriale del *jus gentium* ed il carattere internazionale degli elementi che lo formavano, potrebbe piuttosto trovarvi un'analogia colla tendenza moderna al diritto uniforme. Questo, che non dovrebbe essere il diritto particolare, ma un diritto nuovo risultante per tutti gli Stati dal meglio dei diritti di ciascuno, sancito ed applicato nei singoli paesi come legge particolare rispettiva dello Stato, potrebbe paragonarsi, se non per la causa primordiale della sua

pag. 99 e sgg. Brockhaus, Leipzig 1868. Cfr. Fusinato, *I Feziali*, Memorie della R. Accademia dei Lincei, 1883-84, pag. 15-19 sul retto significato del nome *jus gentium* e pag. 19, 20 sulla sua analogia col diritto internazionale privato e Revon, *De l'existence du droit international sous la républ. romaine* nella *Revue du droit, de la législation et de la jurisprudence*, sept.-oct. 1891, pag. 396, 1 e n. 3 ed Egger, loc. cit., pag. 174.

origine e per l'obbiettivo della sua applicazione, almeno per il suo processo di formazione e per il suo modo di manifestarsi, al *jus gentium* dei Romani.

58. — Nei territorii dipendenti da Roma, come fu vario lungamente il loro grado di soggezione alla metropoli e il vincolo che li univa al dominio romano, così abbondarono, oltre ai due sistemi di diritto in quello vigente, le varietà dei diritti particolari. Finchè Roma non ebbe esteso le proprie conquiste oltre i confini dell'Italia, e non ebbe inaugurato il sistema dell'organizzazione provinciale, lasciò alle città conquistate la libera amministrazione degli affari interni, e l'impero delle leggi anteriori (1). Ed anche quando il governo provinciale fu stabilito ed organizzato, si continuò a fare eccezione, quanto al grado dell'obbedienza, in favore dei municipii, delle colonie e d'altre città privilegiate. L'autonomia era maggiore, e quindi più completa l'individualità del diritto, nei municipii originarii, cioè in quelle città autonome che godevano del diritto di isopolizia. Quella individualità del diritto se non cessò del tutto si ridusse a minime proporzioni quando i municipii furono, nel loro secondo significato, comuni originariamente non romani di cittadini romani o d'uomini che potevano diventare tali uniformandosi a certe condizioni; e riebbe un maggior campo di sviluppo quando alle città anche pertinenti alle provincie si estese con larghezza l'organizzazione municipale. Da questa derivava in ogni modo un'autonomia nell'amministrazione interna che, per quanto subordinata alle leggi ed ai decreti del popolo e del senato di Roma, pur lasciava campo ad una notevole proporzione di ordinamenti particolari, trattandosi di comuni organizzati subordinatamente nell'interno dello Stato per la tutela dei loro particolari interessi.

L'orbita di regolamento particolare assegnata ai diversi municipii era varia, come variavano le une dalle altre le *leges* o *privilegia municipiorum*. I *municipia fundana*, che avevano spontaneamente ricevuto il carattere municipale, conservavano traccie evidenti dell'antica sovranità perchè non tutte le leggi romane vi si estendevano di pieno diritto. A quelli che non avevano pieno il diritto di cittadinanza spettava poi naturalmente una individualità giuridica con conseguente autonomia di ordinamento, che mancava ai municipii con pieno diritto

(1) Machiavelli, *Discorsi*, lib. II, cap. XXI e Cic. in *Verrem. Act.*, II, lib. II, cap. 12, 13, 37.

di cittadinanza ed alle prefetture. I comuni minori subordinati ad una colonia o ad un municipio, o *conciliabula*, conservarono pure, tanto rispetto a quelli quanto rispetto a Roma, una certa individualità, che, come si manifestava con proprii decurioni e magistrati eletti ed assemblee elettorali; così doveva manifestarsi con particolari ordinamenti dei rapporti di minor conto, e con una giurisdizione subordinata rispetto a questi. L'estensione di quella particolarità d'ordinamenti, e l'esistenza stessa di tale giurisdizione indipendente non si possono però affermare con prove sicure (1); ma è sommamente probabile che, come tutte quelle località subordinate avevano, considerate collettivamente l'una di fronte all'altra, una personalità giuridica (2), così la massima parte di esse conservasse, sino all'unificazione imperiale, per quanto in piccole proporzioni, una qualche particolarità nel rispettivo diritto privato.

Le colonie partecipavano della condizione privilegiata dei municipii sia quanto ai loro rapporti colla metropoli, sia quanto all'indipendenza dall'azione regolare del governatore della provincia nei cui limiti geografici si trovavano. I coloni, pur conservando la cittadinanza anteriore, avevano competenza di trattare liberamente i proprii affari interni, sicchè, subordinato al diritto cui la popolazione dominante era ascritta per la propria origine, si veniva sviluppando in ciascuna colonia un diritto particolare. E i *dediticii* subordinati alla colonia, senza formare comuni indipendenti ed ascritti al diritto di quella provincia nei cui limiti era situata la colonia, trovavansi così nei loro rapporti di diritto privato soggetti ad un diritto doppiamente diverso, nell'origine e nello stato attuale, da quello della colonia cui appartenevano.

59. — Già prima dell'organizzazione provinciale il diritto dei *dediticii* risultava da una certa fusione di elementi nazionali e di elementi romani rappresentati questi dal *jus nexi mancipiique*, e quelli da avanzi dei diritti anteriori cui si consentiva di regolare tra

(1) Karlowa, vol. I, pag. 301, 2.

(2) Cic., *In Verrem*, Act. II, lib. II, cap. 2, 12, 13 e 37: " Sthenius postulat, ut quum secum sui cives agant de literis corruptis ejusque rei legibus Thermitanorum actio sit: quum senatus populusque romanus Thermitanis, quod semper in amicitia fideque mansissent, urbem, agros, legesque suas reddidisset; Publiusque Rupilius postea leges ita Siculis ex senatusconsulto de decem legatorum sententia dedisset ut cives inter se legibus suis agerent, idemque hoc habuerit Verres ipse in edicto: ut de his omnibus causis se ad leges suas reiiceret „; Gaii, *Instit.*, lib. I, § 92, 189, 193, 197, 8 e lib. III, pag. 96, 120, 134.

loro i diritti delle persone, della famiglia e delle successioni. Questa parziale sopravvivenza dei diritti nazionali si manifesta per ragioni analoghe nell'ordinamento provinciale, nel quale infatti se le proporzioni geografiche e l'estensione del governo erano diversi, la condizione giuridica della popolazione era eguale a quella dei primi *dediticii* italici di Roma. La provincia era da prima organizzata o con decreto del conquistatore o con una *lex data* conformemente alle istruzioni del Senato da una commissione di dieci senatori, ed integrata successivamente da altre *leges datae*, e da editti emanati dai governatori provinciali. Queste leggi non avevano per effetto di estendere ai paesi conquistati il diritto romano (1), e quantunque le ordinanze dei pretori modificassero gradualmente i diritti nazionali, questi di regola, oltrechè sopravvivere alla conquista, non cedevano che lentamente all'invasione del diritto romano, e mai senza avervi trasfuso parte della propria essenza. L'organizzazione della provincia infatti, aveva, sopratutto da principio, per fine non tanto l'unità dei varii paesi provinciali, quanto l'uniformità della loro dipendenza politica da Roma, sicchè nè ripugnava ai concetti, nè contraddiceva agli scopi di questa che vi sussistesse un diritto privato diverso da quello romano e che persistessero e si accentuassero (2) disformità di diritto fra varie parti della stessa provincia (3).

Il diritto nazionale d'ogni provincia formò dunque sovente il nucleo ed il punto di partenza del rispettivo diritto provinciale. Così, per esempio, avvenne fin da principio nella Sicilia, la Cilicia, la Bitinia ed il Ponto, che nell'atto della organizzazione provinciale vennero lasciati in possesso del loro antico diritto. Più tardi la politica provinciale di Roma si mosse verso la unità nella vita politica e in quella civile fondendo le varie genti in unico organismo e distruggendovi le diversità nazionali. Ma per raggiungere questo scopo (4) usò diversa gradazione di mezzi e variamente intensa attività, che variò nella sua efficacia dai paesi romanizzati rapidamente a quelli dove si conservarono con minuziosa cura gli ordinamenti tramandati dalla storia locale. Tanto rispetto alla rapidità della romanizzazione, quanto rispetto alle proporzioni dell'elemento romano e di quello nazionale nel diritto provinciale, si possono distinguere i

(1) V. pag. 162, n. 2.
(2) Karlowa, vol. I, pag. 336.
(3) Come Cipro quando nel 698 fu unito alla Cilicia.
(4) Voigt, vol. II, pag. 377, 380.

paesi occidentali da quelli orientali, o per dir più esattamente da quelli di coltura greca.

L'occidente d'Europa e d'Africa come il nord e l'est dell'Italia subordinano fin da principio il diritto privato locale al diritto romano che poi lo sostituisce. Nelle provincie occidentali, dove, essendo minore la coltura e più povere le tradizioni, la difficoltà di assimilazione doveva essere minore, il governatore non vincolato da una legge fondamentale data alla provincia, restava libero di regolarvi a proprio talento col proprio editto l'ordinamento giuridico, così da potervi rapidamente (1) effettuare il passaggio al dominio della coltura e del diritto di Roma.

Resistenza maggiore ebbe il diritto provinciale nelle provincie orientali dell'impero. Qui vivevano popolazioni di civiltà più antica e di coltura superiore a quella di Roma; ed il popolo dominante che risentiva dal contatto in tutte le manifestazioni della propria vita (2) l'influenza del mondo ellenico, rispettava le peculiarità di quelle genti soggette rendendo omaggio così non alla loro passata importanza politica, ma al grado elevato della loro civilizzazione (3). Così in Sicilia, dove vigevano istituzioni politiche saggie e rispettate, il Senato mutò solo quel tanto ch'era necessario per assicurarvi il potere di Roma; e là, come negli altri paesi d'Oriente, il diritto romano potè predominare solo dopo essersi scientificamente completato (4) ed essersi spogliato del suo duro carattere nazionale. Tale predominio si affermò dapprima nei rapporti economici fra vivi per influenza del *jus gentium*, ed in quelli in causa di morte per influenza del *jus honorarium* (5) romano; e nell'ordinamento del processo civile per evidenti motivi di diritto pubblico. Invece nel campo dei diritti della persona e della famiglia, il diritto nazionale persistette assai più lungamente. E fa d'uopo notare che l'influenza esercitata più tardi in questa cerchia di rapporti, come prima sui rapporti economici fra vivi, dal diritto romano, compievasi per mezzo del *jus gentium* che alla sua volta comprendeva molti elementi ellenici ed orientali. Sicchè nelle provincie d'Oriente l'elemento nazionale del

(1) Mommsen, *Le provincie romane*, trad. De Ruggiero. Roma, Pasqualucci, 1887, pag. 85-7, 176-8, 324, 635, 6.

(2) Friedlænder, Op. cit., vol. II, pag. 271 e Gibbon, *Romain Empire*. Ediz. cit., vol. I, pag. 26-8.

(3) Egger, Op. cit., pag. 160 e Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 294.

(4) Karlowa, vol. I, pag. 329, 330.

(5) Voigt, vol. II, pag. 483-492.

diritto durò in vigore lungamente, in parte puro, in parte misto ad elementi romani, nei particolari diritti provinciali, e non andò poi del tutto perduto nel diritto generale romano che finì per sostituirli.

In modo più assoluto e completo continuavano a sussistere i diritti particolari, non solo di quei popoli autonomi d'occidente e d'oriente i cui cittadini, come i Germani e gli Armeni, si trovavano in gran numero nel territorio dell'impero, ma anche di quei principi, e di quelle città che, pur soggetti all'impero, conservavano ciò nonostante una personalità di Stato ed una sovranità subordinata. Indipendenti dalla provincia circostante erano in tale condizione i re federati e le *civitates foederatae*, che, libere dal potere del governatore romano, avevano propria giurisdizione non solo sui proprii cittadini ma anche su quelli romani che dimoravano nel proprio territorio. I loro obblighi verso lo Stato romano contenevansi nei limiti dell'alleanza ed avevano carattere internazionale, o tutto al più di semi-sovranità, senza privarle perciò nè della *potestas* sul suolo, nè dell'uso del proprio diritto particolare (1).

Condizione analoga di diritto particolare era quella delle *civitates liberae*. La loro libertà poteva essere originaria o derivativa, secondo che conteneva tutti gli attributi della sovranità, non modificati da un *foedus*, oppure derivava da un atto unilaterale e revocabile di Roma che, dopo aver ridotta una città nella sua *potestas*, le restituiva la libertà (2). Tanto queste però quanto quelle, pur distinte nel titolo della loro libertà, erano di diritto indipendenti, e, salvo certi limiti relativi alla costituzione ed ai rapporti internazionali, libere di regolare i rapporti interni con proprio diritto e propria giurisdizione estesa anche ai cittadini romani viventi presso di loro (3).

Nè dopo la legge di Caracalla del 212 si ebbe nell'impero come un effetto di essa la uniformità del diritto civile. La cittadinanza divenne patrimonio comune dei viventi allora nell'impero, ma, indipendentemente da quelli entrati nell'impero dopo di quella legge, anche per tutti i discendenti da essi non si può considerare in modo assoluto il diritto privato uniforme come una conseguenza della cittadinanza, e si deve fare una distinzione fra sudditanza politica e cittadinanza nel senso del diritto civile. Un luogo di Teodorite, relativo al tempo di Teodosio il Giovane, parla di popoli che, non volendo essere governati dalle leggi romane, non vi furono costretti nè colla

(1) Karlowa, vol. I, pag. 337-339.
(2) Spanheim, *Orbis romanus*. Ediz. cit., pag. 222 e seg.
(3) Karlowa, vol. I, pag. 338.

forza nè colla persuasione e restarono legislativamente autonomi; sicchè due secoli dopo la legge di Caracalla, v'erano popoli soggetti ai Romani, che non erano astretti alle leggi di Roma (1).

La particolarità del diritto locale poteva, nel periodo corso fra Caracalla e Giustiniano, avere diverse origini. Poteva trattarsi anzitutto di norme particolari divergenti dal diritto comune che fossero contenute in leggi municipali, o in privilegi formatisi per consuetudine a favore di qualche comune, come, per esempio, scuse particolari per esentarsi dalla tutela (2), o che fossero conseguenza di circostanze speciali religiose, etnografiche o tradizionali, come sarebbe la mancanza di certi impedimenti al matrimonio. Altre norme particolari, diverse nelle varie parti del territorio, potevano essere dirette ad integrare, con armonia di obbiettivo ma con disformità di modo e d'espressione, certe deficenze del diritto comune. Finalmente poteva trattarsi di diritti peregrini propriamente detti sopravvissuti in parte nel loro complesso e nella loro attitudine di sviluppo alle vicende politiche del paese dov'erano in vigore. Casi di conservazione parziale si ebbero in certi istituti d'origine gallica sopravvissuti non più come diritti peregrini, ma come particolarità locali del diritto romano. Il caso di conservazione complessiva di un diritto peregrino come tale si ebbe per molti paesi di tarda conquista alcuni dei quali restarono fino a Giustiniano in possesso della peregrinità e del proprio diritto nazionale. Ed in altri paesi il diritto nazionale si mantenne in vigore senza l'adesione dello Stato romano per effetto della spontanea sottomissione degli interessati. Così fu degli Ebrei che, anche dopo le leggi di Caracalla, continuarono a reggersi secondo il loro diritto nazionale continuando ad invocare nelle controversie la decisione dei loro giudici religiosi; e tale era pure il caso degli antichi Cristiani (3).

Poichè nel dominio romano tanta varietà di leggi ha così lungamente persistito, chi voglia considerare il sistema d'applicazione di quelle in relazione col diritto internazionale privato, deve esaminare partitamente quali regole si applicassero in Roma e nel suo territorio, quali nelle provincie e negli altri territorii dipendenti, e quali negli uni e negli altri paesi si applicassero nei rapporti che interessassero abitanti d'altri luoghi soggetti allo stesso dominio, quali in confronto di stranieri ad un tempo di quel territorio dove doveva

(1) Spanheim, *Orbis romanus*, pag. 305-7.
(2) Voigt, vol. II. pag. 788-798.
(3) Voigt, vol. II, pag. 797, 8 e 800.

decidersi la controversia e del mondo romano. Ma prima è necessario accennare quali fossero nelle varie parti di questo le magistrature cui potevano o dovevano rivolgersi gli stranieri.

60. — La giurisdizione romana aveva un duplice carattere, intrinseco ed estrinseco. Dal primo punto di vista la potestà della magistratura era considerata come una funzione indipendente e sovrana ed il magistrato, anzichè limitarsi a recitare le parole della legge e farne l'applicazione, doveva penetrare, come voleva Cicerone (1), nella volontà del legislatore e nello spirito del diritto patrio ed uniformarvi la propria sentenza. Dal punto di vista estrinseco la sentenza doveva pur essere un comando semplice e concreto applicante nel modo più chiaro le disposizioni della legge alla controversia che si agitava. Potrebbe dirsi che, per le necessità cui si ispirava e per gli elementi che la componevano, la sentenza del magistrato fosse complessa nella sua genesi, mentre per l'obbiettivo immediato e pel modo definitivo di raggiungerlo, era semplice nella sua ultima espressione. Questo duplice carattere appariva fin da principio nell'opera della magistratura romana, ma non dava luogo in quella ad una separazione di funzioni. Prima i re ed i consoli, il pretore più tardi, amministravano la giustizia colla cooperazione dei decemviri e dei centumviri; ed in questi giudizi si distinguevano bensì le due parti del giudizio, la determinazione cioè del punto di diritto e la sentenza propriamente detta, ma entrambe si agitavano presso lo stesso tribunale ch'era presieduto dal magistrato. Ma poi a poco a poco andò corrispondendo per lo più alla separazione logica delle due parti del giudizio anche una separazione materiale.

Dal magistrato si cominciò a trasmettere la definizione della controversia a un giudice od arbitro senza permanente carattere pubblico che era scelto dalle parti o dal magistrato col consenso di quelle, ed era incaricato dal magistrato di giudicare il caso speciale per il quale era stato nominato, cessando i suoi poteri dopo aver pronunciata la sentenza. Questa scelta di un giudice speciale divenne sempre più frequente quantunque ai tribunali permanenti si sia continuato a

(1) " Judices..... non qui scriptum (legis scriptoris) recitarent, quod quivis puer facere possit, sed qui cogitatione assequi possent et voluntatem interpretari, deinde illum scriptorem, si scripta sua stultis hominibus et barbaris judicibus committeret, ommia summa diligentia perscripturum fuisse; nunc vero quod intelligeret, quales viri res judicaturi essent, id circo eum, quae perspicua videret esse non adscripsisse; neque enim vos scripti sui recitatores sed voluntatis interpretes fore putavit ".

sottomettere litigi importanti ed il tribunale dei centumviri abbia continuato a sussistere più lungamente che la repubblica. Ai giudici cui veniva per tal guisa affidato l'apprezzamento dei fatti in relazione alla regola di diritto riconosciuta e formulata dal magistrato, questo tracciava la linea da seguire nell'esame dei fatti che gli erano sottoposti. In tal guisa la separazione del *jus* dal *judicium* si affermò e si sviluppò nella procedura civile romana. Quando v'era contestazione sui fatti, il magistrato esponeva ciò ch'era diritto, cioè se dovesse farsi luogo alla protezione che l'attore reclamava, data la verità dei fatti affermati da lui. Il giudice cui il magistrato rinviava le parti doveva esaminare i fatti per pronunciare la sentenza secondo la soluzione indicata dal magistrato nella sua *formula*, e così nelle due parti della procedura l'esame del diritto e quello del fatto, i concetti generali, e le circostanze speciali del fatto, si completavano approdando insieme alla sentenza definitiva che n'era il risultato (1).

Con questo carattere generale della giurisdizione comune romana è in armonia fin dalle sue origini la giurisdizione speciale dei peregrini. In questi la dualità del giudizio si ripartiva fra il magistrato comune (2) romano e giudici speciali contemplati dal trattato di ricuperazione prima della creazione del pretore peregrino, e, dopo di questa, fra il pretore peregrino ed i giudici che il trattato aveva pattuiti o che la consuetudine ammetteva per ogni maniera di stranieri.

La giurisdizione dei peregrini presentava dunque una perfetta corrispondenza con quella dei cittadini, colla differenza che, nella scarsità delle fonti legislative, era lasciata molta latitudine all'arbitrio del magistrato ed alla sua considerazione delle circostanze per sviluppare i principii del diritto in relazione coi rapporti concreti e coi bisogni manifestatisi nelle controversie dei peregrini. Col pretore urbano prima, con quello peregrino più tardi, si trovarono in relazione i recuperatori come elemento complementare della soluzione delle controversie interessanti gli stranieri.

La loro origine ed il loro carattere originario furono essenzialmente convenzionali (3). Il trattato di recuperazione ammetteva gli

(1) Sell, pag. 404-7 e Maynz, vol. I, pag. 185-9 e 486-490.

(2) Pompon., L. 2 Dig., *De origine juris*, 1, 2, § 28: " Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor qui Peregrinus appellatus est, ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat ".

(3) V. pag. 139, 141, 145-7 e Sell, pag. 157-160 sulla competenza dei re in relazione coi primi trattati recuperatorii.

stranieri ad una certa tutela giudiziaria nello Stato, e, sia che determinasse, sia che non determinasse in tutti i suoi particolari il modo di costituzione del tribunale, questo doveva alla stipulazione del trattato la possibilità della propria esistenza (1), e d'una restituzione dello stato di diritto (2) di cui potessero fruire gli stranieri.

Le *recuperationes* romane, sia per l'origine, sia per l'obbiettivo, corrispondevano alla δικαιοδοσία ed alle δίκαι ἀπὸ συμβόλων dei Greci; ed ai σύμβολοι, benchè non avesse un nome particolare, corrispondeva il trattato che le istituiva (3). Solo mediante il giudizio cui poteva ricorrersi nei casi concreti questo assicurava la condizione di diritto riconosciuta e stipulata fra i due paesi; sicchè può dirsi che l'istituzione dei recuperatori avesse tanto nella sua origine, quanto nella sua funzione un carattere internazionale.

Il loro tribunale era secondo alcuni formato esclusivamente di cittadini romani (4); non era però del tutto escluso nemmeno da quelli che anche un peregrino potesse essere nominato recuperatore (5). Le parti si presentavano davanti al pretore e gli esponevano le lore pretese rispettive; se tutti i fatti erano chiari, il pretore condannava o rimandava senz'altro il convenuto. Quando invece, il che quasi sempre accadeva, v'era contestazione circa i fatti allegati dalle parti, il magistrato, istruita la causa, rimandava le parti davanti ai recuperatori, impartendo a questi le istruzioni necessarie nel caso concreto. La graduazione della procedura (6) era eguale dunque nel caso dei peregrini ed in quello dei cittadini. La istituzione del giudice non era però identica nei due casi. Pare da un passo di Livio (7) che nel primo l'autorità romana scegliesse un giudice da ciascuna delle due parti, cui ne aggiungesse poi un terzo. Altri ritengono che due giudici fossero del tutto nominati dalle parti e che il terzo soltanto fosse scelto dall'autorità romana.

Secondo il Sell, se le parti si accordavano circa i recuperatori, a

(1) Sell, *Die Recuperatio der Römer*, ecc., pag. IX.

(2) Huschke, *Analecta litteraria*. Excursus II. *De Recuperatoribus* e Sell, pag. 35-43.

(3) Etimologicamente δικαιοδοσία accennava in genere al *render giustizia; recuperare* invece ricordava la *ripresa* delle cose tolte: ma nel significato tecnico i due obbiettivi ed i due istituti si corrispondevano.

(4) Müller Jochmus, loc. cit., pag. 145, 6.

(5) Gaii, *Instit.*, lib. IV, § 105: " ..... interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris... ". V. Mayer, vol. II, pag. 73-6.

(6) Maynz, vol. I, pag. 486-490.

(7) XXVI, 4, 8.

questi competeva decidere (1), se non vi si opponeva un'assoluta incapacità; se le parti non andavano d'accordo, i recuperatori erano designati dal magistrato, colla riserva alle parti del diritto d'esclusione (2). Talora nominavasi un solo recuperatore, ma per lo più se ne formava un tribunale, i cui componenti erano tre giudici, il minimo cioè della pluralità ch'era necessaria per dare le garanzie della collegialità e della possibilità d'una maggioranza.

61. — La competenza nominale di recuperatori non era esclusa nelle controversie fra Stati, come lo prova il trattato con Antioco (3); ma la coincidenza era puramente nominale, costituendo gli eventuali recuperatori eletti a decidere fra Stati un arbitrato internazionale nel senso moderno della parola, mentre i recuperatori incaricati di decidere le controversie fra privati erano veri giudici, che ricevevano la loro autorità da un potere superiore ad entrambe le parti in litigio, e la cui sentenza poteva farsi eseguire in confronto di entrambe per effetto della sovranità territoriale. In questo senso possono ritenersi escluse dalla competenza dei recuperatori, delegati in virtù di un trattato dal magistrato territoriale, le controversie di puro diritto pubblico fra due Stati (4). E lo stesso può dirsi delle controversie fra uno Stato e privati appartenenti ad un altro (5), che riducevansi mediatamente a contese fra Stati e potevano decidersi per sentenza d'un terzo Stato analogamente a quanto avveniva nel diritto greco (6).

La competenza dei recuperatori propriamente detti era dunque, in relazione colle persone, ristretta originariamente alle controversie private fra cittadini di varii Stati vincolati da patto di recuperazione; doveva cioè trattarsi di controversie fra Romani e stranieri che si trovassero in quella condizione o fra stranieri appartenenti ad uno Stato che fosse in rapporto di recuperazione con Roma (7). Dal punto di vista materiale quella competenza doveva essere proporzionata ai diritti che si riconoscevano allo straniero; sicchè alla definizione:

(1) Cic., *Pro A. Cluentio Avito*, 43: " Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minime esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset ". L. 57 D. *De judic.* (423): " Et si forte *ex consensu judex* minor datus sit scientibus his qui in eum consentiebant, rectissime dicitur valere sententiam ".

(2) Sell, loc. cit., pag. 168-170 e 180-5.

(3) V. pag. 146, n. 3.

(4) Fusinato, *I Feziali.* Ediz. cit., pag. 106-8.

(5) Sell, loc. cit., pag. 72-117.

(6) V. pag. 99, 100.

(7) Sell, loc. cit., pag. 115-7 e Voigt, vol. II, pag. 657.

« quomodo reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur », corrispondeva di necessità nei rapporti coi varii popoli una maggiore o minore latitudine. Finchè una capacità limitata non si riconosceva allo straniero se non per virtù di trattato, la *recuperatio* che aveva lo scopo di rendere possibile in ogni controversia una decisione giudiziaria, commisurava quella competenza a quella capacità, ai casi cioè nei quali in senso legale poteva parlarsi di una controversia. Quando poi indipendentemente da trattati si riconobbe una personalità giuridica agli stranieri, la competenza materiale dei recuperatori si svolse necessariamente collo svolgersi di quella personalità.

La competenza in ragione di luogo poteva nel caso di contratti essere incerta fra il domicilio della persona ed il territorio d'origine del contratto, ma pare che quest'ultima fosse preferita (1), sottoponendo per tal guisa talora il Romano residente a Roma a giudici peregrini (2).

In materia penale, il passo di Aelio Gallo non esclude che, oltre alle ruberie ed ai saccheggi, i recuperatori fossero competenti anche per altri reati (3), e tale illimitata competenza risultava chiaramente da non pochi trattati (4), e dalla testimonianza di Dionigi espressa in termini del tutto generali (5). L'uso dei recuperatori veniva meno in materia penale allorchè, applicando al reato i principii di competenza territoriale applicati spesso al contratto, non si domandava la estradizione del colpevole straniero riparato nel proprio paese, ma si preferiva promuovere in quello il giudizio contro di lui (6).

Come nella costituzione e nella suddivisione del giudizio, così nel modo di procedere nelle controversie dei peregrini si manifesta l'analogia colla procedura ordinaria romana (7). Ma nel caso dei peregrini l'analogia è maggiore nel primo che nel secondo stadio della procedura. Così le questioni di recuperazione, come quelle romane si aprivano colla *in jus vocatio* (8) davanti al magistrato. Quando il citato

(1) Dionigi, lib. II: Τῶν δὲ ἰδιωτικῶν συμβολαίω αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ 'οἷς ἄν γένηται τό συμβόλαιον.

(2) Müller Jochmus, pag. 145, 6.

(3) Sell, loc. cit., pag. 85-7.

(4) Sell, loc. cit., pag. 97 e 106.

(5) Dionigi, lib. II: Καὶ εἴ γε διαφέρωνται πρὸς ἀλλήλους, μὴ δι' ὅπλων, ἀλλα δια λόγων σύμβολα ποιησαμένους πρὸς αὐτούς.

(6) Sell, loc. cit., pag. 154-7.

(7) Voigt, vol. II, pag. 186.

(8) Sell, pag. 209, 217.

non ottemperava alla citazione, poteva usarsi la forza per obbligarvelo, se trattavasi di un processo di romano contro peregrino; nel caso inverso era necessario far precedere l'uso della forza da una nuova intimazione fatta direttamente dal magistrato. In ogni modo poi l'*in jus vocatus* poteva liberarsi dall'obbligo di comparire quando avesse nominato un *vindex*, che si fosse presentato al magistrato ed in sua vece avesse sostenuto il processo. Avvenuta la comparizione, l'attore formulava la sua pretesa, che il convenuto riconosceva o negava in tutto od in parte. Nel primo caso il magistrato non doveva se non che curarne la esecuzione; nel secondo si costituiva il tribunale dei recuperatori, davanti al quale potevasi agire dai peregrini con o senza l'aiuto di un patrono (1). A questo punto manifestavansi nella procedura dei recuperatori varie disformità dalla procedura ordinaria romana.

Prima di lasciare il magistrato, il convenuto doveva dare garanzia di comparire davanti ai recuperatori il giorno fissato, liberando così l'attore romano dal pericolo di vedersi sfuggito il convenuto peregrino, o l'attore peregrino da quello di dover tardare, per la mancata comparizione del convenuto romano, il ritorno nel proprio paese. Ed a rendere più facile l'esecuzione di tale promessa, fin dalle disposizioni delle XII tavole risultava che l'impegno assunto con uno straniero di comparire in giudizio, fosse giusta causa di scusa dal comparire come parte, giudice od arbitro nei processi fra i cittadini (2). Inoltre, giunto il processo davanti ai recuperatori, la procedura si distingueva per particolare semplicità e sollecitudine. Il termine per comparire davanti a loro era sempre inferiore a quello di trenta giorni usato nel processi fra Romani; il numero dei testimoni era limitato ad un massimo di dieci nelle controversie civili, ed al minimo indispensabile in quelle penali (3). È probabile che la sentenza potesse pronunciarsi anche nella lingua delle parti straniere (4); se poi, come d'ordinario avveniva, la sentenza era pronunciata in latino e la parte straniera non conosceva questa lingua, il suo patrono la traduceva.

Da ultimo i recuperatori dovevano provvedere perchè il soccombente prestasse al vincitore una garanzia di eseguire la sentenza, senza facoltà di fruire dei termini del diritto civile, che potevano estendersi

(1) Sell, pag. 132, n. 2; Klenze, *Fragm. Leg. Serv. Proleg.*, XII.
(2) Cuq, pag. 400-2 e Sell, pag. 231-241.
(3) Sell, pag. 293-8.
(4) Sell, pag. 301, 2.

a novanta giorni. In mancanza di esecuzione immediata della sentenza o di *cautio judicatum solvi*, il soccombente poteva essere mantenuto in prigionia. L'appello nell'antico diritto di Roma non esisteva che nel diritto penale a favore del solo condannato cittadino; e lo straniero non poteva, litigando a Roma in materia civile, sottrarsi al giudicato provocando l'intercessione d'altro magistrato. Sicchè la sentenza dei recuperatori era sempre definitiva quando era stata pronunciata contro stranieri, e definitiva in materia civile anche quando era stata pronunciata contro cittadini, fino a quando nell'epoca imperiale l'appello divenne un istituto generale della procedura romana.

Il campo d'azione e lo stesso istituto dei recuperatori dovevano, nel loro senso originario, scomparire a mano a mano che diminuivano gli Stati indipendenti capaci di stipulare e di conservare rapporti convenzionali con Roma. Ma oltrechè sussistere in quel senso originario nei rapporti colle nazioni indipendenti e colle libere *civitates*, l'istituto dei recuperatori trovò nello sviluppo del diritto romano un campo di applicazione estraconvenzionale prima nell'orbita d'azione del *jus gentium* e poi in quella stessa del *jus civile*.

La prima si ebbe riconoscendo una personalità giuridica, e quindi anche la capacità di adire i tribunali agli stranieri, anche indipendentemente da trattati, ogniqualvolta non si preferiva rimandare le controversie di tali peregrini appartenenti a Stati non legati a Roma da trattati, davanti ad un giudice, fingendo che fossero cittadini; e nel ricorrere ai giudizi recuperatorii per le controversie sôrte in Roma fra provinciali e Romani. La seconda si ebbe coll'innalzare in certi casi i giudizi recuperatorii al grado di giudizi romani, in modo da estendere a questi i vantaggi della procedura di quelli, come accenna Cicerone nei due discorsi tenuti davanti ai recuperatori, *pro Tullio* e *pro Caecina;* quantunque non sia chiaro nè il tempo della introduzione, nè a quali azioni romane sia stato prima applicato; e sia indubitato che ne rimase esclusa la materia penale, badandosi, più che alla celerità, alle garanzie della libertà dei cittadini.

Mentre da un lato l'estensione del dominio di Roma ed i nuovi concetti sulla capacità giuridica dello straniero toglievano di mezzo a poco a poco i recuperatori come giudici internazionali, il governo imperiale finiva coll'abolirli come giudici romani, sostituendo prima eccezionalmente la *extraordinaria cognitio* alla procedura normale, e poi facendo di quella eccezione la regola e togliendo così in ogni maniera di giudizi ogni distinzione fra le due procedure. Così,

fornita una lunga esistenza ad un vario sviluppo, scomparirono dal diritto romano i recuperatori, dopo essere stati da prima giudici convenzionali di carattere internazionale, poi giudici internazionali agenti senza bisogno di convenzioni internazionali, e da ultimo giudici speciali romani.

62. — Quanto all'applicazione della legge, la cerchia d'impero del diritto civile romano risulta indicata dal suo carattere fondamentale. Esso non apparisce originariamente nè come diritto del tutto personale, nè come diritto del tutto territoriale; poichè i limiti d'azione dello Stato e della sua sovranità gli impediscono di accompagnare il romano fuori del suo territorio, ed il suo carattere nazionale ne vieta l'applicazione ai non romani anche nel territorio di Roma. Esso è dunque patrimonio esclusivo dei cittadini ed esclusivamente applicabile a quelli nel territorio dello Stato. Più tardi quel carattere si modificò dal punto di vista dei cittadini nel senso dell'attitudine a seguirli come diritto personale anche fuori del territorio (1), e, dal punto di vista dello straniero, in quanto venne restringendosi sempre più il campo del diritto nazionale che gli era vietato. Infatti allargandosi sempre più il dominio del *jus gentium* a spese di quello del *jus civile*, il carattere strettamente nazionale del diritto fu limitato, nel periodo immediatamente anteriore a Giustiniano, al matrimonio civile, al testamento, ed ai precipui rapporti del diritto di famiglia (2).

Queste modificazioni però avvenute, la prima in seguito all'estendersi della preponderanza politica romana, e l'altra per effetto dello sviluppo del *jus gentium*, si manifestano tardi nella storia di Roma, nella quale carattere distintivo prevalente del *jus civile* è la sua *nazionalità*. Perciò rispetto ad esso non si può dire che Roma abbia praticato il sistema della territorialità della legge, che anzi veniva costantemente ripudiata, giudicandosi la legge civile inapplicabile allo straniero dimorante nel territorio dello Stato.

A questa esclusiva nazionalità del diritto, che fu esclusiva nazionalità di tutta la tutela giuridica finchè il *jus civile* era il solo diritto vigente in Roma, non facevano eccezione da principio se non che i trattati di connubio, di commercio e di *recuperatio* che davano allo straniero una certa partecipazione alla vita giuridica dei cittadini. Quei trattati pertanto assimilavano parzialmente lo straniero al cittadino

(1) Mayer, Op. cit., vol. II, pag. 77.
(2) Voigt, Op. cit., vol. II, pag. 879-882.

rispetto a certi istituti civili ed all'adizione del magistrato. Anche in tal caso l'assimilazione che avveniva quanto alla personalità giuridica in genere e quanto al diritto particolare in sè ed ai suoi effetti, non era completa quanto al modo del loro regolamento. Diversa prima nel solo secondo stadio della procedura e poi anche nel primo, la magistratura, la loro condizione era diversa anche quanto al modo del processo, all'indole dell'azione ed alle stesse norme di diritto materiale regolatrici dei loro diritti. Le particolarità di quelle facevano sì che agli stranieri in tal caso si dovesse riconoscere esteso un parziale godimento della tutela giuridica e delle normali conseguenze del diritto civile, ma non un uso parziale del diritto civile stesso.

La concessione del *commercium* aveva per scopo immediato di autorizzare il peregrino a farsi rendere le cose che aveva acquistato da un cittadino romano, rivolgendosi a giudici speciali. Il diritto materiale che questi dovevano applicare era di regola in origine determinato nel trattato stesso di recuperazione, che lasciava all'arbitrio dei recuperatori facoltà d'integrare il diritto convenzionale in tale guisa codificato (1). L'applicazione del diritto civile fatta in tali casi ai rapporti dei peregrini vincolati a Roma da trattato, era dunque del tutto parziale e mediata, e riducevasi a quelli elementi di diritto civile che il trattato di recuperazione aveva codificati e riconosciuti come applicabili in quei rapporti bilaterali. Del diritto civile propriamente detto non potrebbe parlarsi come applicabile se non nei rapporti di quei peregrini che in tutto il diritto privato erano assimilati ai cittadini e le cui contestazioni erano della competenza del pretore urbano (2). E nel campo del *commercium* e della *recuperatio* la competenza romana e l'applicazione mediata o immediata del diritto romano ai federati erano indubitate per quei rapporti ed azioni che avevano avuto origine nel territorio romano, mentre soggiacevano al *jus civile peregrinorum* ed alla giurisdizione del magistrato peregrino quelli ch'erano sôrti nel territorio straniero. Nei rapporti fra cittadini e federati pertanto le qualità della persona soggiacevano coi rapporti di famigli alla legge personale; ed i rapporti economici alla legge ed alla magistratura del paese dov'era sorto il rapporto giuridico, essendo poi quella legge talora senz'altro la legge territoriale cui la convenzione si riferiva, talora una norma sancita di comune accordo

(1) Sell, loc. cit., pag. 317, 327.
(2) Cuq, pag. 707, 8, n. 5 e Voigt, vol. II, pag. 163-6.

nella convenzione stessa (1). Con queste modalità e con questi limiti deve intendersi l'estensione parziale del *jus civile* ai peregrini, largita mediante trattati internazionali.

Il sistema della territorialità della legge è poi rappresentato nel diritto romano dal *jus gentium* e dai suoi criterii di applicazione. Finchè negavasi ogni personalità giuridica allo straniero, questa non poteva in lui derivare se non che da un trattato stipulato fra Roma ed il paese cui esso apparteneva. Collo svilupparsi del *jus gentium* si creò un patrimonio giuridico degli uomini liberi che spettava loro in questa loro qualità ed indipendentemente da speciali stipulazioni fra Roma ed il loro paese. In tale condizione di cose il solo legame fra lo straniero in genere ed il suo titolo alla tutela giuridica, era il suo carattere di uomo libero; ma il diritto concreto che a tale uomo libero, di dovunque venisse, doveva applicarsi, era il *jus gentium* romano, cioè un diritto universale nella sua ispirazione, ma territoriale romano nella sua espressione concreta di diritto positivo. Questo era un ordine collettivo vigente in Roma per tutti gli uomini liberi; diritto sintetico vigente in Roma perchè questa vi aveva data la sanzione della propria autorità e lo applicava a tutti gli stranieri come una legge dello Stato. Il diritto romano resta pertanto distinto in due parti: il *jus civile* che è di regola riservato al solo cittadino e rispetto al quale non può dunque darsi il caso d'applicazione costante ai rapporti privati internazionali, e il *jus gentium* che, sviluppatosi nello Stato appunto in contemplazione di tali rapporti internazionali, rappresenta, come legge positiva, quel ramo del diritto nazionale la cui applicazione nello Stato è assoluta e territoriale. Anzi, dato il carattere esclusivamente nazionale del *jus civile*, può dirsi che il *jus gentium* abbia inaugurato ad un tempo nel diritto romano ed il sistema della tutela giuridica dello straniero indipendente da particolari convenzioni, e il sistema dell'applicazione territoriale a tutti gli stranieri del diritto dello Stato. Ed a tale territorialità della legge romana non si fece qualche eccezione se non nel caso di rapporti fra peregrini (nel senso del diritto privato) appartenenti al medesimo paese (2) che rappresentavano in via eccezionale il sistema dell'applicazione della legge personale.

63. — Queste eccezioni che si andarono via via sviluppando, furono il prodotto e alla lor volta i fattori d'una nuova condizione di

(1) Voigt, vol. II, pag. 173-7.
(2) Mayer, loc. cit., vol. II, pag. 77, 8.

cose. Coll'estendersi del dominio romano, molti paesi, pur conservando la loro personalità di Stato, si trovarono soggetti alla supremazia di Roma, così da comprendere nell'orbe romano territorii che per la loro costituzione politica e per il loro ordinamento civile restavano stranieri. Nel diritto particolare del cittadino romano rispetto a questi paesi, che esso ormai considerava tutti con un senso di superiorità, era naturale che non si considerasse più come prevalente il carattere territoriale, ma bensì quello personale, cosicchè quel diritto non cessasse più di governare il cittadino alla frontiera del territorio propriamente romano (1), ma lo accompagnasse dovunque come un elemento della sua personalità. Inoltre nelle varie parti del mondo romano imperavano (2) diritti particolari che erano, rispetto a quello della metropoli, considerati come peregrini, ma pur erano peregrini in senso diverso dai diritti di Stati completamente stranieri ed autonomi. Erano ordinamenti particolari, ma appartenevano sempre al mondo romano; v'era una comune supremazia che tutti li governava, come v'era un nesso che collegava insieme i varii territorii dov'erano rispettivamente in vigore, sicchè i principii di diritto pubblico vigenti nell'antichità circa l'applicazione territoriale della legge non potevano più opporsi in modo assoluto ad ogni loro efficacia di applicazione nel territorio propriamente romano dove si recassero od agissero uomini personalmente soggetti a quei diritti particolari.

Parrebbe che a regolare i loro rapporti come quelli d'ogni maniera di stranieri a Roma avessero dovuto bastare le norme del *jus gentium* del quale all'universalità dell'obbiettivo corrispondeva l'assoluta territorialità del criterio d'applicazione. Ma all'universalità dell'obbiettivo non corrispondeva (3) nel *jus gentium* una concreta universalità di fatto nel regolare tutte le relazioni del commercio economico fra vivi per le quali la vita internazionale reclamava nel modo più imperioso una norma di diritto. Ed infatti ancora nel tempo di Cicerone mancavano nel *jus gentium* istituti, come la prescrizione e l'ipoteca, che si trovavano in diritti particolari di paesi soggetti a Roma, mentre questi contenevano anche particolarità pregevoli di istituti che pur senza quelle già esistevano nel *jus gentium*. L'esclusione del diritto peregrino da ogni applicazione nel territorio avrebbe dovuto escludere da Roma tutti quei nuovi istituti e tutti quei perfezionamenti di

(1) Mayer, loc. cit.
(2) V. pag. 161-164.
(3) Voigt, vol. IV², pag. 328.

istituti già accolti nel diritto locale. Ma rispetto ai diritti di paesi compresi, come parti subordinate, nel dominio romano, quella esclusione non aveva più motivo di farsi valere; e così tanto per i diritti e gli obblighi della persona (1) quanto per i suoi rapporti obbligatorii (2) non troviamo più del tutto esclusa in Roma ogni applicazione dei diritti particolari dei territorii compresi con qualunque vincolo di soggezione nell'orbita del dominio romano.

Quando fra il *jus gentium* ed il diritto particolare romano v'era dissidio nel considerare come due rapporti giuridici diversi la medesima relazione fra vivi, o nel dare definizione e concetto diversi della medesima azione, il conflitto poteva risolversi dalla libera volontà delle parti secondo che esse volevano dare la preferenza all'uno o all'altro diritto. Tale scelta poteva avvenire indirettamente nel caso dei contratti, poichè essendo sede di questi il luogo della stipulazione (3), le parti pattuendo un luogo diverso da quello della stipulazione effettiva per l'adempimento ed indicandolo come luogo della stipulazione del contratto, a quello potevano assoggettare anche il regolamento delle proprie obbligazioni. Sicchè nei rapporti obbligatorii l'impero del diritto romano o di quello particolare era indicato dalla sede del rapporto obbligatorio o dalla scelta delle parti dopochè alla coscienza giuridica verso il fine della repubblica e dell'impero non ripugnava più la subordinazione del cittadino al diritto particolare romano (4). Quanto ai testamenti, si giudicavano in Roma quelli dei peregrini soggetti, secondo il loro diritto; mentre il diritto successorio del peregrino di fronte al cittadino romano soggiaceva al divieto del diritto civile, e quello invece del cittadino romano verso il peregrino, non sussistendo un eguale divieto, era lasciato regolare dal diritto peregrino. Nei rapporti successorii pertanto valeva il diritto personale del *de cujus* limitato in quanto sussistevano incapacità d'ordine pubblico nel peregrino a succedere al cittadino. Così al matrimonio della *civis romana* col peregrino applicavasi il diritto peregrino che lo regolava come matrimonio; a quello del *civis* colla peregrina destituita di *connubium*, il *jus civile* che lo dichiarava non esistente. Nei

(1) Gaii, *Instit.*, lib. III, § 120: " Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas ejus utatur ".

(2) Voigt, Op. cit., vol. IV², pag. 329-331.

(3) Cic., *In Verr.*, act. II, lib. III, cap. 60: " Negotiatores putant esse turpe id forum sibi iniquum ejurare, ubi negotientur ".

(4) Voigt, vol. IV², pag. 324, 5.

rapporti economici obbligatorii l'impero della legge era dunque indicato dalla sede del rapporto giuridico o dalla volontà delle parti ; nei rapporti famigliari e successorii dal diritto personale della persona precipua del rapporto giuridico nella sua parte positiva, e dal diritto civile, cui quella eventualmente soggiacesse nella sua parte negativa. Tutti i diritti sulle cose immobili erano poi governati dalla legge del territorio dov'erano situate; se erano fuori del territorio romano, l'impero del diritto territoriale risultava d'un lato dalle disposizioni di ordine pubblico di questo, ed anche dal *jus civile romanorum* secondo il quale tali cose erano *res extra commercium.*

Il principio della esclusione del diritto peregrino si mantenne però così tenacemente, che queste parziali ammissioni della sua applicazione non si manifestarono se non tardi nella storia romana, e furono limitate ai diritti pertinenti a quelle comunità peregrine che erano costituite nell'interno dell'impero e sotto la sua alta sovranità (1); sicchè dopo unificato l'impero ed il suo diritto, il diritto romano, perduto colle caratteristiche del *jus civile* il carattere esclusivamente nazionale, e soppressa colla fusione delle varie sue parti ogni ragione di sussistenza d'un diritto interprovinciale, assunse dal *jus gentium*, che in gran parte lo aveva informato, il carattere della territorialità. Ma prima che quella unificazione si compiesse le varie parti dell'impero, diversamente dipendenti da Roma, se nei rapporti con questa davano occasione allo sviluppo di alcune norme di diritto internazionale privato, sviluppavano fra loro nel campo del diritto privato tutta una serie di rapporti internazionali.

64. — Fra tali territorii dipendenti quelli che offrono proporzionatamente minor campo al conflitto delle leggi e che in ogni modo seguono più davvicino tanto nel diritto materiale quanto nei criterii della sua applicazione, il sistema romano, sono le colonie ed i municipii che, quantunque avessero una propria individualità, pur formavano, più che non le provincie e le città libere, parte integrante del dominio romano. La colonia era una società di cittadini o di alleati che portava seco il carattere politico originario di chi la formava, e che riproduceva, lungi dal luogo della propria origine, la fisionomia giuridica di questo. La colonia portava seco negli elementi della sua origine e nella legge che le dava nascimento quei suoi caratteri riproduttori della società che la generava, e preesistenti alla sua stessa

(1) Voigt, vol. II, pag. 39-41 e pag. 881, 2, 956.

esistenza (1), sicchè in grado minimo poteva sviluppare nel suo organismo, nel suo sistema di leggi e nei criterii stessi della loro applicazione un carattere di individualità. Pure la loro esistenza posteriore alla fondazione, e la latitudine lasciata ai curatori nel completare la loro legge fondamentale facevano sì che quelle particolarità di diritto non vi mancassero del tutto (2).

Nella mancanza di omogeneità della popolazione i litigi fra coloni ed indigeni conservavano nella colonia il carattere di controversie internazionali per le quali veniva ordinata la nomina di recuperatori, analoghi nel proprio còmpito a quelli di Roma, ma distinti da quelli in ciò, che ripetevano la propria istituzione, anzichè da un trattato, da una legge dello Stato (3), e che rappresentarono nel mondo romano il primo caso d'applicazione del giudizio recuperatorio a rapporti diversi da quelli risultanti da un trattato di recuperazione. Questi giudici erano competenti nelle controversie di coloni con indigeni e di questi fra loro, mentre il giudice romano era competente fra coloni. I rapporti di questi con cittadini romani variavano secondo il carattere della colonia; secondo cioè che questa era di romani o di alleati, la sua popolazione restava rispetto a Roma ed ai suoi cittadini nei rapporti in cui stava il nucleo di popolazione donde era uscita o cui nell'atto di fondazione era stata assimilata.

I rapporti di diritto dei coloni sia coi cittadini romani, sia cogli indigeni, sia cogli abitanti delle altre parti del dominio romano, risultavano pertanto, così nei limiti della loro possibilità come nel modo del loro regolamento, dal carattere nazionale originario della colonia, che, riproducendo un nucleo di popolazione cittadina od alleata, doveva riprodurre anche il modo di essere dei suoi rapporti di diritto. Ma oltre a questa riproduzione del carattere romano o di quello di alleati, che riproduceva nelle colonie e nei rapporti di queste fra loro e con Roma una condizione di diritto già esistente nel territorio romano, il diritto speciale degli indigeni, e le norme particolari di diritto sviluppatesi nella colonia, ponevano questa, quanto all'applicazione della legge, in una condizione speciale. La coesistenza di coloni e di indi-

(1) Gellius, *Noctium Atticarum*, lib. XVI, cap. XIII, ed in fine: " Coloniarum alia necessitudo est; non enim veniunt extrinsecus in civitatem, nec suis radicibus nituntur; sed ex civitate quasi propagatae sunt, et jura institutaque omnia populi Romani, non sui arbitrii habent... coloniae quasi effigies parvae, simulacraque (populi Romani) esse quaedam videntur ".

(2) V. pag. 162.

(3) Sell, op. cit., pag. 359 e 365.

geni con proprio diritto rendeva necessaria l'applicazione alternativa di due leggi personali nello stesso territorio. Ai rapporti personali fra indigeni e coloni dovevasi applicare la legge propria di quella parte che era principale nel rapporto giuridico; ed alle cose immobili in ogni caso il diritto territoriale; mentre l'applicazione fuori del territorio del legislatore delle particolarità del diritto coloniale o d'altri diritti locali dovevano regolarsi secondo le norme vigenti in Roma per i diritti particolari romani. A partire da Silla le colonie militari fondate con veterani spesso non italiani non offrirono più come prevalente quel costante rapporto di peregrinità fra indigeni e coloni; ma piuttosto quello fra Roma e l'Italia e tutti gli abitanti indigeni e nuovi della colonia; dalla qual cosa doveva derivare una modificazione anche nei rapporti interterritoriali di diritto privato.

Questi potevano per converso complicarsi quando, ad una colonia molto popolata, veniva assegnata parte del territorio d'un municipio vicino; poichè in tal caso gli abitanti appartenevano alla colonia quanto al regolamento dei loro diritti ed obbligazioni, mentre il territorio quanto alla giurisdizione continuava ad appartenere al municipio cui era stato tolto e che vi mandava un *praefectus juri dicundo*. In tal caso si aveva pertanto, anche nei litigi fra coloni, l'applicazione di una legge relativamente personale, fatta da un magistrato istituito da una comunità romana subordinata, diversa da quella cui appartenevano i coloni litiganti. L'estendersi della cittadinanza romana, del regime municipale e del diritto uniforme, fece poi a poco a poco scomparire questi conflitti e questi rapporti di diritto semi-internazionale privato, insieme colle subordinate personalità e colle varietà di legge che vi davano occasione e vi porgevano alimento.

65. — I municipii nel loro significato originario, quando cioè erano città autonome godenti in Roma del diritto di isopolizia, avevano certamente una individualità di vita non raggiunta dai municipii nel significato posteriore, quando cioè erano comuni costituiti da cittadini romani o da uomini che potevano diventarlo adempiendo a certe condizioni. I primi erano comunità del tutto autonome; gli altri venivano per effetto di assimilazione in condizione di diritto analoga a quella in cui riducevansi le colonie per via di separazione. Su questa base il concetto di municipio venne poi allargandosi e modificandosi. S'indicarono come tali anche le città provinciali dotate di *jus Latii;* sicchè municipio nel linguaggio dell'impero è indicazione generale per tutte le specie di città di costituzione romano-latina, finchè al

tempo di Caracalla non indicò ormai tutte le città dell'impero in opposizione a Roma (1). Coll'estendersi del regime municipale venne attenuandosi e spegnendosi l'individualità dei diritti dei municipii, e varie leggi andarono unificando il loro modo di esistere, ma finchè vi perdurò una certa autonomia legislativa ed amministrativa, tutta una serie d'individualità subordinate persistette coi municipii nel mondo romano e con essa la possibilità di conflitto di legge fra le norme del diritto municipale e quelle vigenti nelle altre parti dell'impero.

La proporzione di questa individualità subordinata variava colle leggi e i privilegi dei municipii; era diversa la condizione dei municipii con pieno da quelli senza pieno diritto di cittadinanza; i primi erano fino ad un certo punto autonomi; gli altri dipendenti e non era necessaria la loro adesione per potervi applicare le leggi romane. I primi avevano una vera individualità; negli altri anche la giurisdizione, sottratta del tutto ai magistrati locali, vi era esercitata per delegazione da un *praefectus juri dicundo*. E sicccome le città italiche erano state le più privilegiate gli imperatori conferirono a singole città provinciali il *jus italicum* comprendente varii privilegi di autonomia, fra i quali la libera costituzione con autorità di propria nomina ed una certa indipendenza amministrativa (2). Fra tutte queste città quelle che avevano fin da principio conservata la loro costituzione municipale poterono conservare anche il proprio diritto locale e darsi le leggi purchè non offendessero con queste le leggi romane; le altre, in proporzione coll'autonomia attribuita, poterono sviluppare maggiori o minori particolarità di diritto, cui corrispose una certa giurisdizione indipendente finchè l'impero non ebbe ridotto il municipio un puro ed informe organismo amministrativo.

Quell'individualità di diritto e di giurisdizione trovava la sua espressione in magistrature speciali con nomi diversi che si attenevano nel giudicare alle stesse norme fondamentali di procedura che erano in vigore nella giurisdizione romana. Per effetto di questi principii il magistrato municipale poteva nominare, per le quistioni che cadevano nell'orbita della sua giurisdizione, giurati o recuperatori; per le cose che eccedevano i limiti della loro giurisdizione, una competenza arbitrale poteva essere attribuita loro per accordo delle parti;

(1) Karlowa, vol. I, pag. 577-9.
(2) Karlowa, vol. I, pag. 297-300 e 579-582.

e quando questo mancava doveva ricorrersi fuori del municipio od a Roma od all'altro fôro competente (1).

Nell' impero tale competenza dei magistrati municipali venne limitandosi a controversie relative a somme determinate, rimettendo quelle maggiori al pretore, e più tardi ai *juridici*, *praesides* e *correctores* (2). L'appello dalle loro decisioni era portato al pretore od al *praeses* della provincia; ed era tolta loro la giurisdizione penale che veniva esercitata dal prefetto della città nelle cento miglia intorno a Roma, e dai *correctores* nelle parti più lontane. Tale giurisdizione per i delitti di poca importanza venne negli ultimi tempi attribuita ai *defensores civitatis;* dignitarii locali elettivi, ma confermati dal prefetto del pretorio e dall'imperatore, che potevano dirsi, piuttostochè magistrati, censori, perchè secondo la loro istituzione nel tempo di Valentiniano I avevano missione di controllare l'azione e di impedire l'abuso del potere da parte di chi n'era investito. Così, o direttamente o indirettamente, la giurisdizione municipale veniva avocandosi agli ufficiali imperiali a mano a mano che anche l'individualità del diritto municipale veniva scomparendo.

Ma finchè quella uniformità non fu raggiunta, anche la vita giuridica dei municipii presentò coi caratteri d'individualità, o nuova o sopravvivente all'autonomia, occasioni di conflitti ed autorità competenti a risolverli.

I municipii che non avevano acquistata la cittadinanza romana e che avevano nel campo del *commercium* il *jus civile* romano, svolgevano quasi tutta la loro esistenza ed i loro rapporti con stranieri sulla base del *jus gentium*. Quelli formati nel seno d'una provincia avevano il diritto provinciale integrato dal diritto particolare del municipio; quelli che avevano la cittadinanza romana avevano il diritto civile integrato dal loro diritto particolare. Ora potevano sorgere rapporti privati fra cittadini di questi diversi municipii fra loro, o fra cittadini d'uno di essi e cittadini romani, o fra cittadini di essi e provinciali, o fra cittadini o provinciali nel loro territorio. In quest'ultimo caso applicavasi il diritto civile o la legge provinciale dei litiganti (3), come nei litigi fra cittadini dello stesso municipio si applicava la loro legge municipale. Il cittadino d'un municipio

(1) Karlowa, vol. I, pag. 594, 5.
(2) Dione Cassio, lib. LXXVIII, 1329, 14.
(3) Karlowa, vol. I, pag. 297-300.

domiciliato in un altro v'era seguìto dalla sua legge d'origine; se aveva acquistata un'altra cittadinanza, decideva, in caso di collisione, la più antica derivante dalla nascita; se mancava di cittadinanza era retto dalle leggi del suo domicilio; e nei rapporti obbligatorii la volontà delle parti doveva integrarsi colle consuetudini locali del luogo dove era sorto il rapporto giuridico (1). Nei rapporti famigliari e nei rapporti economici fra cittadini d'un municipio e quelli d'un altro o d'una provincia od altre parti del dominio romano valevano poi per risolvere i conflitti quelle norme che abbiamo accennato parlando dell'applicazione delle leggi in Roma e che trovansi meglio sviluppate nel diritto provinciale.

66. — Nelle provincie l'autonomia era nulla quanto al suo titolo e maggiore che non nelle colonie e nei municipii quanto alla loro condizione di fatto (2). Il territorio provinciale ha perduto coll'assoggettamento qualunque carattere di Stato; i suoi abitanti sono diventati sudditi del popolo romano; ed una legge romana regola la loro esistenza ed i loro rapporti. Ma poichè Roma, che avrebbe potuto trasportare nelle provincie il proprio diritto od imporvi un diritto nuovo del tutto diverso da quello che aveva trovato in vigore, da principio in tutto od in parte se ne astenne (3), le provincie, e specialmente quelle orientali, conservarono sotto il suo dominio, per diverso periodo di tempo, un carattere di individualità giuridica. Il diritto provinciale pertanto, messo in vigore dalla potestà dei dominatori, era un diritto particolare romano quanto alla sua efficacia d'impero, ma quanto al suo contenuto conservò in molti casi quel tanto dei diritti antecedenti che bastava a conservare in molti asserviti, dal punto di vista del diritto privato, traccie di quella individualità che nei rapporti del diritto pubblico avevano completamente perduto. Tale contenuto particolare era pur destinato a scomparire sia cedendo al diritto romano, sia fondendosi con quello in un tutto omogeneo (4); ed a ciò contribuiva il carattere di paese soggetto che aveva la provincia ed il potere che vi possedeva il governatore. Gli atti d'*imperium* connessi colla giurisdizione non potevano emanare che da lui; e ciò gli diede modo fin da principio d'applicare nelle provincie non solo le norme cardinali del diritto processuale romano, ma anche certe norme di diritto mate-

(1) Mayer, vol. II, pag. 77-8.
(2) V. pag. 162-4.
(3) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. II, cap. 13 e 37.
(4) V. pag. 163.

riale (1). L'individualità della provincia e del diritto provinciale fu dunque, quanto al titolo, del tutto subordinata a quella romana, e, quanto al modo, transitoria; ma pure ne uscì, specialmente in Oriente, una serie di diritti di indole nazionale o composita, e di sufficiente durata, per conferire un carattere di varietà all'esistenza giuridica delle provincie e per svilupparvi, quanto all'applicazione della legge in rapporto col territorio, un sistema che non doveva restare senza influenza sullo stesso diritto romano.

La provincia aveva un ordinamento giudiziario speciale, ma non si può dire che avesse di regola un'autonomia giurisdizionale; sicchè mentre per il carattere del suo diritto si allontanava originariamente dalla compagine romana più che gli altri paesi dipendenti da Roma, rispetto alla giurisdizione era in maggior dipendenza non solo delle città libere, ma degli stessi municipii e delle colonie. La giurisdizione esercitata nella provincia dal supremo rappresentante del potere di Roma o dai suoi delegati, vi aveva carattere esclusivamente romano (2). Il governatore riuniva in sè, insieme coll'autorità militare, quelli attributi civili che spettavano ai consoli nei primi tempi della repubblica, fra i quali precipua era la giurisdizione. Esso la esercitava tenendo i proprii *conventus* nelle diverse città della provincia o facendovisi rappresentare dai suoi delegati le cui sentenze erano in tal caso suscettibili di appello presso di lui. In tal caso il magistrato seguiva le norme della procedura romana; istituiva cioè il giudizio e, come il pretore, rimetteva le parti davanti ai giudici.

Nella scelta di questi sentivasi l'influenza dell'individualità subordinata della provincia e del diritto privato mantenutovi in vigore. La legge Rupilia stabiliva, per esempio, che nei processi d'un siciliano contro altri siciliani il tribunale dovesse formarsi di concittadini delle parti; e che nei processi fra un romano ed un siciliano il giudice dovesse scegliersi nella nazione del convenuto. In tali casi era tenuto conto della nazionalità delle parti; ma non si può dire che esistesse una vera autonomia giurisdizionale, perchè anche quando il giudice scelto era peregrino, il magistrato che lo aveva istituito e dal quale dipendeva l'applicazione della legge ed il carattere nazionale del fôro era romano. In tali casi e nelle controversie di romani con pro-

(1) Karlowa, vol. I, pag. 329, 330.

(2) Cic., *Ad Attic.*, lib. VI., ep. 1, § 15: " Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum; itaque curo et satisfacio adhuc omnibus ".

vinciali e di romani fra loro, la definizione del litigio era affidata dal magistrato ai recuperatori (1). Piuttostochè esprimersi così, sarebbe però più esatto il dire che i giudici di tali controversie provinciali avevano *nome* di recuperatori. Nessuna identità infatti vi si può trovare coi recuperatori romani originarii istituiti in virtù d'un trattato e giudicanti fra cittadini di Stati autonomi; ma piuttosto essi appariscono analoghi a quei ricuperatori che continuavano a giudicare anche in Roma le controversie fra romani e provinciali. Ed anche nel numero variavano da uno a tre ed a cinque e perfino a venti (2), restando però sempre lecito ai romani di sottoporre anche nella provincia la controversia ad un solo giudice. La scelta dei recuperatori non spettava alle parti, nè unilateralmente nè d'accordo, col completamento del tribunale da parte dell'autorità (3); sola facoltà che loro spettava era la ricusazione dei giudici designati. Questi, che ricordavano i recuperatori romani soltanto di nome, s'allontanavano poi anche nella rapidità della procedura dal processo recuperatorio romano, ammettendo, a differenza di questo, un termine di trenta giorni (4) e conservando di quel processo soltanto la maggior latitudine d'arbitrio concessa al giudice.

Questa organizzazione giudiziaria speciale, che pur costituiva una garanzia per i provinciali, venne a poco a poco scomparendo, in parte per l'aumentare delle controversie che, anche nelle provincie, dovevano decidersi *extra ordinem* (5), in parte per effetto del progressivo romanizzarsi delle provincie e dell'uniformità del loro diritto (6). Ed anche finchè è durata non ebbe che del tutto eccezionalmente e parzialmente il carattere d'una vera autonomia giurisdizionale. Tale era il caso della Sicilia nella quale si mantennero in vigore quelle norme di competenza che prima risultavano da trattati internazionali (7). Nei processi fra siciliani cittadini della stessa città, il *domi certare suis legibus* (8), ed il *ad leges suas*

(1) Sell, pag. 380-390.

(2) Sell, pag. 185 e 377, 8.

(3) Sell, pag. 176-180.

(4) Cic., *In Verr.*, II, 15.

(5) Tacito, *Ann.*, lib. XIII, cap. XXVIII-XXXI.

(6) Mommsen, *Le provincie romane*. Trad. De Ruggero. Roma, Pasqualucci 1887, pag. 37, 67-74, 83-5.

(7) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. III, cap. 6: " Siciliae civitates sic in amicitiam fidemque recepimus, ut eodem jure essent, quo fuissent; eadem conditione populo romano parerent, qua suis antea paruissent ".

(8) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. III, cap. 13.

rejicere (1), indicavano secondo il Karlowa (2) una vera giurisdizione locale (3), tanto più che nei processi misti rispetto ai quali questa senza dubbio non esisteva, era disposto « *ut de eos praetor judices sortiatur* » (4). Analoga, quantunque meno privilegiata, era per i litigi fra indigeni della stessa città, la condizione della Cilicia al tempo dell'amministrazione di Cicerone (5) quando quei processi erano istituiti, sotto certe condizioni ed entro certi limiti, da magistrati indigeni prima d'essere affidati per la definizione a giudici del paese. L'autonomia giurisdizionale era dunque nell'ordinamento delle provincie del tutto eccezionale e limitata, dove pur esisteva, ai processi fra concittadini, dei quali pure il governatore poteva avocare a sè la decisione *extra ordinem*. Carattere speciale del governo delle provincie fu piuttosto un'organizzazione giudiziaria speciale che, mantenendo intatta nel primo stadio della procedura la giurisdizione romana, collegava nel secondo stadio la competenza del giudice colla nazionalità delle parti e, in caso di nazionalità diversa, con quella del convenuto (6), e dava al provinciale il privilegio di non poter essere evocato fuori del proprio fôro (7).

67. — La provincia così organizzata prestavasi mirabilmente allo sviluppo d'un sistema di diritto internazionale privato. Nel suo territorio convivevano insieme cogli indigeni (i quali pure non erano soggetti tutti alla stessa legge civile) cittadini romani e cittadini d'altri paesi dipendenti da Roma; a ciascuna di queste classi della popolazione la legge provinciale garantiva l'uso del proprio diritto (8), ed il ricorso a giudici diversi quantunque subordinati allo stesso magi-

(1) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. II, cap. 37.

(2) Vol. I, pag. 328, 9.

(3) Cic., *Pro Flacco*, cap. 20.

(4) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. II, cap. 13.

(5) Cic., *Ad Att.*, 6, 1, 15; 6, 2, 4: " Graeci vero exultant quod peregrinis judicibus utantur ".

(6) Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. II, cap. 13: " Siculi hoc jure sunt ut, quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus... Quod civis Romanus a Siculo petit, Siculus judex datur; quod Siculus a cive Romano, civis Romanus datur " e Cic., *Ad Atticum*, lib. VI, ep. I, 15: " ... libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus... Graeci vero exultant quod peregrinis judicibus utuntur ".

(7) Cic., *In Verrem*, Act. II, lib. II, cap. 13-17 e De Sainte Croix, loc. cit., pag. 141.

(8) Ascanius su Cic., *In Verr.*, Act. II, lib. II, cap. 13, ap. Spanheim, *Orbis romanus*. Ediz. cit., pag. 192: " Etenim apud veteres non Romano dumtaxat jure, sed et suae cujusque civitatis legibus agebatur ".

strato. La provincia rappresentava dunque una coesistenza, dal punto di vista del diritto privato, internazionale; e nei rapporti fra provinciali e non provinciali e fra questi ultimi nel territorio, e fra i primi fuori del territorio, le varie leggi singolarmente ammesse nella provincia dovevano trovarsi in conflitto, che la magistratura doveva risolvere coll'applicazione d'una di quelle ad esclusione delle altre. Quelle varie leggi potevano prestarsi al conflitto per effetto del loro disforme contenuto materiale, sia nel definire la configurazione giuridica d'un rapporto, sia nel determinare le qualità della persona, sia nel disciplinare diversamente i medesimi rapporti giuridici; potevano poi trovarsi concretamente in conflitto per ciò che il diritto provinciale non avendo riprodotto in sè il carattere esclusivamente nazionale del *jus civile romanorum*, ma piuttosto avendo combinato col concetto personale quello territoriale del *jus gentium*, più facilmente poteva trovarsi in collisione con altre norme di diversi diritti nella pretesa di regolare il medesimo rapporto giuridico.

Questo conflitto era risolto in favore dell'applicazione personale della legge del tutto eccezionalmente nei soli casi in cui trattavasi dello stato della persona in sè, e delle qualità personali indicatrici della tutela e della cura (1). In tal guisa era risolto nelle provincie un conflitto positivo, perchè nell'interno dell'impero non si sarebbe potuto concepire nè per il cittadino nè per gli stessi provinciali una legge puramente personale destituita d'ogni efficacia fuori del territorio del legislatore; sicchè volendo applicare anche a quei rapporti d'indole puramente personale la norma di diritto territoriale, questa si sarebbe trovata in conflitto colla norma corrispondente del diritto personale tendente per quei rapporti ad una efficacia estraterritoriale. Nei rapporti puramente personali dei provinciali a Roma quel criterio di personalità valeva poi ad impedire, in quanto tali rapporti si connettessero col diritto civile, un conflitto negativo che sarebbe stato in caso diverso reso inevitabile dalla impossibilità di estendere il *jus civile* al peregrino. Ma nei rapporti, anche in quelli di famiglia, che hanno pur carattere più assolutamente personale, la risoluzione del conflitto era più complessa perchè non era necessario soltanto di decidere la prevalenza fra la legge personale e quella territoriale, ma di determinare fra le due leggi personali dei partecipanti al rapporto giuridico quale dovesse prevalere. In questi rapporti famigliari d'ogni

(1) Voigt, vol. IV², pag. 310, 324 e vol. II, pag. 522, 3.

specie ed in quelli successorii si considerava, come ho già accennato (1), quale persona risultasse nel rapporto giuridico come principale e regolatrice, ed alla legge di quella si ascriveva il regolamento di tutto il rapporto. La persona del marito, del testatore o del padre, nel matrimonio, nella successione o nella famiglia, ritenevasi determinante; le altre determinate; e la legge personale della prima, norma regolatrice. Così avveniva che l'adozione d'un non provinciale fatta da un provinciale fosse regolata dal diritto di quest'ultimo, e così era del matrimonio d'un provinciale con una non provinciale. Anche nel matrimonio d'un cittadino romano con una provinciale quel sistema evitava i conflitti, perchè attribuendone il regolamento alla legge personale del marito, riconosceva anticipatamente anche il divieto che, nella mancanza del *connubio*, impediva quel matrimonio e consentiva l'unione soltanto senza la pienezza di effetti che sarebbe derivata dal matrimonio provinciale.

Ma se nel regolare le qualità della persona in sè ed i rapporti successorii e di famiglia, era determinante la legge personale, la pertinenza della persona alla provincia non era necessaria negli altri rapporti non intimamente personali perchè si applicasse il diritto provinciale. Quando si trattava di cose immobili il diritto territoriale prevaleva anche in confronto di persone che non si fossero trovate nel territorio (2). Nelle obbligazioni si ricorreva, così per la determinazione del fôro come per quella della legge prevalente, al luogo dove l'obbligazione era sôrta (3), direttamente o per interposta persona (4); la competenza romana poteva però per tal motivo essere declinata in modo assoluto dal convenuto straniero quando il contratto che aveva dato origine al litigio non fosse stato fatto fuori della sua provincia (5). Al luogo della esecuzione si ricorreva in modo assoluto soltanto quando era stato determinato dalle parti così da valere come sede dell'obbligazione (6) ed in modo alternativo negli altri

(1) V. pag. 178, 9.
(2) Voigt, vol. IV², pag. 310 e vol. II, pag. 522-5.
(3) Ulpian., L. 19 Dig., *De judiciis*, 5, 1, § 3, 4: " Apud Labeonem quaeritur, si homo provincialis servum institorem, vendendarum mercium gratia Romae habeat, quod cum eo servo contractum est ita habendum atque si cum domino contractum sit; quare ibi se debebit defendere „; Papin., L. 45 Dig., *De judiciis*, 5, 1. Caso della figlia provinciale la cui madre prese denaro a prestito a Roma e che qui deve difendersi.
(4) Pernice, *M. Antistius Labeo*. Ediz. cit., vol. I, pag. 58.
(5) Dig., lib. V, tit. 1, 3, § 5.
(6) Voigt, vol. IV², pag. 302-5.

casi (1). La constatazione della competenza era poi abbandonata all'arbitrio del magistrato romano. Citate davanti a questo, le parti dovevano presentarsi, e far valere dinanzi a lui le loro obbiezioni relative sia al fôro competente che alla legge da applicare (2). Ed al magistrato spettava la decisione del conflitto sia scegliendo la norma particolare di diritto applicabile, sia raffermando o declinando la propria competenza.

Applicando tali principii, il conflitto era eliminato quando trattavasi di contratti fra romani e peregrini stipulati nella provincia, poichè in tal caso combinava il criterio d'applicazione del diritto provinciale con quello dello stesso diritto romano nei rapporti coi diritti particolari dei paesi subordinati. Quando invece il contratto fra romani e provinciali seguiva in Roma il conflitto eliminavasi attribuendo al diritto provinciale un impero più vasto di quello che risultava dalla sua stessa dottrina circa l'applicazione della legge. Il diritto provinciale avrebbe attribuito il regolamento al diritto civile romano; questo non poteva estendersi ai rapporti fra cittadini e peregrini ed estranei al *jus gentium;* e perciò se ne attribuiva il regolamento anche in Roma al diritto provinciale assegnando a questo una competenza maggiore di quella attribuitagli dalla dottrina prevalente nella provincia. Il conflitto verificavasi completamente fra i due diritti rispetto alle obbligazioni quando queste eransi formate fra provinciali a Roma o fra romani nella provincia; nel primo caso il conflitto era negativo perchè entrambi i diritti declinavano la competenza a regolare l'obbligazione; e nel secondo caso positivo in quanto entrambi i diritti pretendevano la competenza di regolarla. Ma la risoluzione scaturiva nel primo dall'estensione data in Roma all'applicazione del diritto provinciale, e nel secondo dalla prevalenza dell'autorità romana che nelle provincie era suprema regolatrice d'ogni questione relativa alla giurisdizione ed al fôro.

In tal guisa nell'amministrazione delle provincie abbandonavasi

(1) Ulp., l. c., § 4: " Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrubique posse conveniri, et hic, et ibi: et ita et Juliano ed multis aliis videtur ".

(2) L. 2 Dig. *De judiciis*, 5, 1, § 6 e L. 5 Dig., *De judiciis*, 5, 1, 5: " Si quis ex aliena jurisdictione ad Praetorem vocetur, debet venire ut et Pomponius et Vindius scripserunt. Praetoris est enim aestimare, an sua sit jurisdictio, vocati autem non contemnere auctoritatem Praetoris; nam et legati cetérique qui revocandi domum jus haberet, in ea sunt causa ut in jus vocati veniant privilegia sua allegaturi ".

il sistema della nazionalità del diritto privato senza ricorrere del tutto alla sua territorialità e sviluppavansi i criterii d'applicazione della legge in un sistema misto che, non per i rapporti reciproci dei paesi fra i quali vigeva, ma per il suo modo di essere e per i concetti che lo ispiravano, può dirsi un vero sistema di diritto internazionale privato. In quello consideravansi ad un tempo la situazione delle cose, la pertinenza delle persone e le origini dei rapporti, ed a tutti questi criterii partitamente ricorrevasi per determinare il nesso fra la norma di diritto e la persona. Nello sviluppo di questo sistema che, come ho detto (1), fece sentire la sua influenza anche al di là della vita provinciale e divenne parte integrante della dottrina giuridica romana, si possono distinguere due fattori storici: Roma e l'ellenismo. La prima per intimo sviluppo di concetti proprii abbandonò il criterio della nazionalità del diritto, cioè della riserva del proprio diritto ai soli nazionali, ed adottò col *jus gentium* il sistema della territorialità; il secondo sviluppò quei principii fondamentali di diritto internazionale privato durante la sua espansione in Oriente, e li trasfuse colle provincie orientali nel patrimonio giuridico romano.

68. — Gli stessi principii vigevano circa l'applicazione della legge nelle *liberae civitates* di coltura ellenica; in quelle cioè che più lungamente conservarono un diritto di carattere particolare, e che dalla storia antecedente dei paesi cui avevano appartenuto avevano attinto un sistema d'applicazione territoriale della legge, che le condizioni del commercio consigliavano loro di conservare. Il caso delle città libere e federate si distingue però per due rispetti da quello delle provincie. In ordine di tempo il sistema misto d'applicazione della legge precedette in quelle la sua adozione nelle altre parti dell'impero; vi si ricollega alla loro antecedente pertinenza ad una famiglia di Stati autonomi, e si presenta come frutto d'uno sviluppo spontaneo. Dal punto di vista poi del carattere giuridico del sistema adottato, questo, soltanto nel caso delle città libere, poteva dirsi propriamente un sistema di rapporti internazionali. Fosse infatti quella libertà originaria, e dipendente da un *foedus* il rapporto fra Roma e quelle città; o fosse derivativa la loro autonomia e risultante dalla restituzione della libertà fatta da Roma ad una città inetta a resisterle, questa, conservato in un caso e riacquistato nell'altro, presentava pur sempre il carattere di sovranità (2).

(1) V. pag. 178, 9, 189.

(2) V. ap. Cic. in *Verrem*, *Act.*, II, lib. II, cap. 37 e lib, III, cap. 6, le varie forme di soggezione delle città libere e provinciali specialmente nella Sicilia.

Sicchè mentre i rapporti di diritto privato fra provincie sono in realtà di diritto interno e s'avvicinano al diritto internazionale soltanto per analogia del sistema e dei criterii del loro regolamento, quelli fra le città libere e fra queste e le altre parti dell'impero conservano anche nell'intima essenza loro carattere di rapporti internazionali.

Di fronte a Roma e di fronte ai cittadini romani la città libera sta come uno Stato autonomo e sovrano; il suo territorio era nella sua *potestas* ed era pertanto sottratto al *commercium* di chiunque, anche romano, non appartenesse alla città; questa non era soggetta all'*imperium* di un governatore e possedeva non solo il proprio diritto particolare, ma anche l'attitudine di svilupparlo e di modificarlo. Con tali città potevano sorgere e sussistere veri trattati di recuperazione, e continuare lo scambio del connubio, del commercio e della tutela giudiziaria sull'antica base convenzionale romana; e l'effetto di quei trattati era veramente di schiudere ai cittadini dei due paesi una parte dei due diritti civili che avevano originariamente carattere del tutto nazionale, togliendo così in via convenzionale nell'uno e nell'altro territorio il vincolo della capacità colla cittadinanza. Così nell'amministrazione della giustizia la città libera non presentava soltanto come la provincia semplici particolarità d'organizzazione giudiziaria, ma una vera e propria giurisdizione che aveva carattere indipendente non solo nel grado giudiziario e subordinato del giudice, ma anche in quello superiore e propriamente giurisdizionale del magistrato. Sicchè non solo fra Roma e le città libere i rapporti di diritto internazionale privato si presentavano come tali, ma nello sviluppare i principii che dovevano regolarli, la giurisdizione delle città libere procedeva con una pienezza di diritti ed una indipendenza di criterii che invano si cercherebbe nelle altre parti dell'impero. E questa indipendenza di criterii era poi tanto più praticamente efficace (1), inquantochè la subordinazione del cittadino romano al diritto civile di una *libera civitas* con effetti riconosciuti anche in territorio romano, non ripugnava più alla coscienza giuridica romana nel termine della repubblica e durante l'impero.

Così venivano risolti i conflitti fra il diritto romano e provinciale d'un lato e quello delle città libere dall'altro. E che tali conflitti sorgessero come nei rapporti colle provincie ed a più forte ragione, riesce evidente a chiunque consideri da quali norme fossero concreta-

(1) Voigt, vol. IV², pag. 324, 5.

mente regolati quei rapporti. Il *jus gentium* aveva in Roma ricevuto uno sviluppo sempre maggiore; ma d'un lato era pur sempre un diritto nazionale romano che per virtù propria non era applicabile alle città libere, e dall'altro anche in Roma sorgevano, sopratutto per effetto delle sempre nuove relazioni coi forestieri, rapporti che trascendevano i limiti del *jus gentium;* sicchè in questo caso era pur necessario o lasciare il rapporto senza verun riconoscimento giuridico, o ricorrere ad uno dei due *jura civilia* per decidere come dovesse essere regolato, e prima ancora se dovesse essere riconosciuto, il rapporto giuridico. E lo scambio del *connubium* o *commercium* che assicurava tale riconoscimento rispetto ad un determinato ordine di diritti e di rapporti, rendeva sempre necessaria per ogni rapporto complesso la determinazione di quella delle due leggi che doveva prevalere.

E tale determinazione si faceva in armonia col sistema sviluppatosi nel diritto provinciale; cioè in quanto riguardava lo stato della persona in sè, compresa la manomissione, il patronato ed il titolo alla tutela si riconosceva come prevalente la legge personale; il diritto successorio ed i rapporti di famiglia si regolavano secondo il sistema causale, sottoponendoli cioè alla legge personale della parte che risultava come principale del rapporto giuridico; le obbligazioni si regolavano secondo il diritto della loro sede che era di regola il luogo dov'erano sôrte ed eccezionalmente e per volontà delle parti o quello dove dovevano eseguirsi, o quello della nazionalità delle parti quando secondo il diritto della loro sede non avrebbero avuto consistenza giuridica (1); e le cose immobili erano soggette al diritto della loro situazione. Rispetto a queste ultime, però, poteva risultare una diversità di soluzione secondochè fossero state situate nel territorio della città libera oppure in territorio romano. Nel primo caso l'impero della legge territoriale sui diritti che le riguardavano risultava ad un tempo dal diritto della *libera civitas* che comprendeva nella concessione della ἔγκτησις, secondo il concetto greco, anche il commercio delle cose immobili; e da quello romano poichè questo non poteva nemmeno in confronto di cittadini romani regolare l'acquisto e l'esercizio di diritti su cose che, secondo le sue norme, erano *extra commercium*. Invece se trattavasi di immobili situati in Roma vi sopravviveva una traccia dell'antica nazionalità esclusiva del diritto, poichè mentre

(1) Gaii, *Instit.*, lib. III, §§ 93 e 96.

secondo il sistema di diritto internazionale privato adottato nella *libera civitas* in tal caso doveva imperare il diritto romano come diritto regolatore di quei diritti sugli immobili, questo per converso negava il *commercium agrorum* agli stranieri (1) anche federati; e perciò aveva, salvo il caso di privilegi speciali, non già il potere regolatore del diritto che è funzione di diritto internazionale privato, ma il potere di escludere il diritto dello straniero, che è funzione negativa d'ogni diritto internazionale privato.

Sulla stessa base si svolsero i rapporti di questo genere cogli Stati indipendenti situati fuori dei confini dell'impero. Già i trattati più antichi avevano contenuto regole di tal fatta, come la territorialità della legge regolatrice delle obbligazioni sancita nell'articolo 4 del trattato del 245 con Cartagine ed in quello del 161 fra Roma e la Confederazione latina (2). E questi germi dovevano svilupparsi a poco a poco in un sistema di garanzia generale dei diritti degli stranieri sotto la doppia influenza dell'estendersi del *jus gentium*, e della parte fatta dalle giurisdizioni romane all'applicazione dei diritti stranieri. Una caratteristica speciale dei rapporti con questi Stati posti fuori della sfera di influenza romana, si trova in certe giudicature miste istituite nei territorii di frontiera colla facoltà di dirimere le questioni di diritto pubblico e privato sòrte fra i due paesi (3). Questo sistema, che era materialmente praticabile soltanto con Stati che avessero contiguità di frontiera, aveva, anche nei rapporti con questi, carattere sussidiario, nei rapporti penali, come lo dice espressamente il trattato (ἢ δι' ἑαυτῶν τὴν βλάβην πεπονθότων) dell'antica giurisdizione del paese cui apparteneva la parte lesa, e nei rapporti civili di quelle regole di diritto internazionale privato che erano venute sviluppandosi nel dominio romano.

Quel sistema non fu certo nella sua parte migliore nè uno scopo

(1) Voigt, vol. IV², pag. 321.

(2) Polibio, lib. III, cap. XXII e XXIII e Dionigi, lib. VI.

(3) Trattato di pace fra Giustiniano e Cosroe re di Persia del 562 di C.: art. VII e X ap. Menandro, *Frag. Hist.*

Ὥστε τοὺς ἐπεγκαλοῦντας περὶ τοῦ σίνεθσαί τι σφᾶς τοὺς ἀντιπολιτευομένους δίκῃ τέμνεσθαι τὸ φιλονεικούμενον, ἢ δι' ἑαυτῶν τῶν τὴν βλάβην πεπονθότων ἢ δι' οἰκείων ἀνθρώπων ἐν τοῖς μεθορίοις παρὰ τοῖς ἄρχουσιν ἑκατέρας πολιτείας ξυνιόντων. Οὕτω δὲ τὸν ζημιώσαντα ἀκέσασασθαι τὸ σκάζον.

Εἰ πόλις ἑτέραν ζημιώσει πόλιν ἢ ὁπωσοῦν διαφθείρει τι τῶν αὐτῆς, μή τῷ νόμῳ τοῦ πολέμου μήτε μὴν δυνάμει στρατιωτικῇ, ἄλλως δέ δόλῳ τινί καὶ κλοπῇ... ἐβεβαιώθη τοιγαροῦν τὰ τοιουτότροπα ἀναζητεῖν ἐς τὸ ἀκριβὲς, καὶ ἐπανορθοῦσθαι τοὺς δικαστὰς τοὺς ἐν τοῖς πέρασιν ἑκατέρας πολιτείασ ἱδρυμένους.

originario della vocazione romana (1), nè uno sviluppo spontaneo della coscienza giuridica di Roma. Anch'esso, come la fede che fece la potenza moderna di Roma, le era venuto dall'Oriente. Essa ebbe però il merito d'adattarlo, d'assimilarlo, di ridurlo a sistema compenetrandolo col suo diritto; di diffonderlo nell'antichità mediante la preponderanza politica e di tramandarlo ai posteri suffragato dal prestigio della sua scienza giuridica.

69. — Roma così aveva attraversato d'uno in uno tutti gli stadii di sviluppo del diritto internazionale privato; stadii dei quali restano pur traccie anche nell'ordinamento degli Stati moderni. L'antico concetto della nazionalità esclusiva del diritto, continuò, e continuerà in ogni Stato bene ordinato ad ispirare l'esclusione dello straniero dall'esercizio dei diritti politici; e continuò lungamente ad ispirare in certi paesi quella distinzione fra istituti di diritto civile ed istituti di diritto delle genti che fece apparire giustificato al diritto moderno francese la esclusione dello straniero dalla tutela di nazionali e dall'ipoteca legale, e l'incompetenza del magistrato nazionale a giudicare in questioni di stato fra stranieri. Della territorialità della legge, prevalente quando si rinunciò al concetto della sua nazionalità esclusiva, sopravvive ai nostri giorni quanto è reclamato dalle ragioni del diritto pubblico in alcuni Stati, e quanto si connette colla cosa situata o l'atto compiuto nel territorio in molti altri, secondo le norme del diritto romano. Col concetto del *jus gentium* che si collega nell'antichità alle *leggi dei discendenti di Noè* degli Ebrei, ed alle πάντων ἀνθρώπων νόμιμα della coscienza greca ed al πολιτικὸν δίκαιον φυσικόν di Aristotile (2) si collegano i tentativi moderni, in piccola parte riusciti, di diritto uniforme. Finalmente sulla base del sistema misto adottato per l'applicazione territoriale della legge dagli Stati ellenisti e da Roma, si muovono ancora i sistemi positivi e teoretici di diritto internazionale privato.

In questo la complessità dei rapporti esige un ordinamento complesso, ispirato a diversi concetti e ad una accurata stima di molteplici ragioni e di limiti; e lo sviluppo greco-romano dimostra che un tale ordinamento non è scompagnabile da uno stato di coltura pro-

(1) Mayer, op. cit., vol. I, pag. 100.

(2) Aristot., *Et. Nic.*, lib. V, cap. X (VII), § 1 (1134 *b*, 18): Τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή, νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐθὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει...

gredito e da un determinato grado di sviluppo d'espansione politica ed intensità di sviluppo storico. Può darsi che qualche popolo, incapace di certe produzioni dell'ingegno e di certe emanazioni della coscienza, sia anche incapace di concepire e di produrre un tale sistema, ma è più sicuramente esatto il ritenere che nessun popolo per quanto riccamente dotato è atto a concepirlo ed a produrlo se non dopo aver conseguito uno dei gradi superiori del proprio sviluppo storico.

Sorto dal riconoscimento della eguaglianza di più sovranità e dei loro limiti rispettivi, dall'armonia del concetto cosmopolita dell'uomo con quello esclusivo del cittadino, e dall'aspirazione all'ordine giuridico trascendente le orbite di competenza delle singole sovranità, un tale sistema può essere evocato soltanto dalla necessità e formato e sviluppato dall'esperienza. Esso pertanto non può considerarsi quale prodotto spontaneo del genio nazionale come i canti popolari, o certi istituti del diritto particolare di ciascun popolo, ma quale prodotto dello sviluppo storico e della estensione e durata dei rapporti privati internazionali che ne sono la conseguenza.

CAPITOLO SESTO

ELEMENTI E FATTORI DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NEL MEDIO EVO

70. — Qualunque sia, dal punto di vista comprensivo della storia della civiltà, il valore e l'importanza del medio evo, quel periodo storico è, dal punto di vista del diritto internazionale, sopratutto importante perchè presenta, sotto un aspetto diverso da quello dell'epoca romana, i rapporti di estraneità fra gli uomini e le norme per l'applicazione della legge. Ad un dominio quasi mondiale succede un gran frazionamento di dominii, e in ciascuno di questi la sovrapposizione di razze o di popolazioni più o meno resistenti alla fusione, fa persistere i rapporti internazionali fra gli individui anche nei limiti di territorii dove non esisteva più la possibilità di rapporti internazionali fra Stati.

Anche il dominio romano aveva conosciuto un gran movimento di popolazioni da un paese all'altro e nelle sue grandi città, in Roma

sopratutto, una grande mescolanza di elementi etnici diversi (1). Ma la varietà di popolazioni che contraddistinse il periodo barbarico, ne differiva, oltrechè per le proporzioni, anche per il modo del suo ingresso e della sua esistenza nei territorii occupati. Mentre il movimento degli abitanti stranieri nel territorio romano era stato, fino agli stabilimenti pacifici dei barbari alla frontiera (2), piuttosto individuale che collettivo, le proporzioni furono invertite nel periodo barbarico. Gli stranieri che si muovevano nel territorio di Roma entravano o si spostavano nei limiti dello stesso dominio; i barbari invece, muovendosi nel territorio ch'era stato di Roma, portavano il dominio con sè, e frazionando la sovranità di quei paesi imponevano dove si erano stabiliti a tutti gli abitanti la propria sovranità. La varietà di diritto privato più o meno largamente riconosciuta da Roma ai varii elementi della sua popolazione, trovava la propria giustificazione in una pertinenza degli individui ad un territorio o del tutto autonomo da Roma o subordinato con un resto d'autonomia al dominio romano; mentre i barbari che portavano ai territorii occupati l'unicità del dominio affermavano ad un tempo nei riguardi degli abitatori la sopravvivenza della estraneità. I popoli che si muovevano individualmente o collettivamente nei territorii soggetti a Roma, soggiacevano all'influenza assimilatrice della medesima coltura superiore; i barbari, distrutto il dominio di Roma, non potevano subire che assai più lentamente e debolmente l'influenza della sua coltura, e mentre conservavano intatti i caratteri della propria individualità nazionale, non avrebbero potuto d'altronde rapidamente attrarre a sè gli abitanti che avevano trovati nel territorio conquistato.

Nel dominio romano pertanto la varietà dei diversi elementi di popolazione non poteva persistere se non in quanto gli uomini restavano assolutamente o relativamente stranieri al territorio dove abitavano od agivano. Nei dominii barbarici la estraneità e la profonda diversità persistente dei varii elementi di popolazione imponevano alla stessa legge, pur nella comune pertinenza di quelli al medesimo territorio, il riconoscimento della rispettiva estraneità.

L'origine rispettiva li faceva stranieri; l'uno era inetto ad assimilare rapidamente l'altro; il dominio comune imponeva loro la stessa sudditanza, ma non poteva rapidamente accomunarli nella stessa

(1) V. pag. 115, 6.
(2) V. pag. 137.

nazionalità; una razza dominava sull'altra, senza nè rapidamente assorbirla nè rapidamente confondersi con quella; e per questa condizione d'antinomia dei rapporti personali fra gli abitanti, antinomia che la storia creava e la legge doveva riconoscere, persistevano, pur nell'identità di un unico dominio, il concetto e i rapporti della estraneità.

71. — La varietà delle popolazioni nel territorio dell'impero romano andò progressivamente aumentando durante tutto quel periodo contraddistinto dalla continuità dell'invasione e della conquista. La scarsità degli abitanti rendeva più facile la conquista del paese e la crudeltà dei conquistatori ancor più li diradava facilitando la conservazione del dominio novellamente acquistato e sempre maggior posto facendo ai nuovi venuti ed ai loro discendenti (1). E ad ogni spostamento di popolazioni barbariche non era un nucleo omogeneo di abitatori quello che occupava verso il nord o verso l'ovest nuovi territorii. Così alla discesa dei Longobardi si accompagnarono numerose genti di altri paesi, Gepidi, Bulgari, Sarmati, Pannoni, Svevi, Norici, attratti dal desiderio di trovare sedi migliori e di partecipare alla preda (2). Nè tra i Franchi salici era minore la mescolanza delle genti (3); e presso le sedi dei Merovingi si raccoglievano, indicate col medesimo nome di *liti* o *fiscalini*, accanto alle genti galliche e franche, anche famiglie numerose di altre stirpi germaniche (4). In Italia anzi la mescolanza della popolazione fu ed, ancor più che non fosse, apparve per diversi motivi più varia sotto il dominio franco che non sotto quello longobardo. Quello infatti era più disposto di questo a riconoscere ed a conservare colla legge la diversità etnica dei proprii sudditi. E l'affluire di varie genti nei paesi dominati dai Franchi non fu, come per quelli dei Longobardi, limitato al periodo della conquista, ma seguitò lungamente, così da rinnovarne di generazione in generazione la varietà. L'estendersi del dominio di Carlo Magno alle Gallie, all'Italia ed alla Germania, inaugurò sopratutto un periodo, durante il quale, oltre i Franchi, vennero fissandosi

(1) Paolo Diacono, *Historia Langobardorum*, lib. II, cap. XXVI.

(2) Muratori, *Dissertazioni sopra le antichità italiane*, 2ª ediz., tomo I, parte I, Roma, Barbiellini, 1755; *Dissertazione*, pag. 6-8.

(3) Eichhorn, *Deutsche Staats-und Rechtsgeschichte*, V Auflage, vol. I, pag. 266-8, Goettingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1843.

(4) Thierry, *Racconti dei tempi de' Merovingi*, Milano, Perelli, 1845, pag. 6-7; *Considerazioni su la storia di Francia*, Milano, Valentini, 1845, pag. 33, 4, 40.

pacificamente in Italia anche Norici, Turingi, Sassoni, Alemanni, Svevi e uomini d'altre nazioni (1).

Fra i varii fattori della popolazione uscenti da fonti così diverse e per lungo tempo non inaridite, era naturale che persistessero anche nei costumi non poche diversità. I dominatori distinguevansi di fatto e di diritto dai dominati, fossero questi indigeni od immigrati venuti da paesi diversi da quelli dei conquistatori. Questi soli avevano una piena libertà politica e civile; gli altri erano più che altro sudditi vincolati per più riguardi allo Stato (2); e di questi alcuni avevano la piena libertà civile dell'uomo libero, altri trovavansi in quella dipendenza verso un dominatore da cui più tardi si sviluppò il feudalismo; altri ancora stavano più o meno in basso in quella progressiva privazione di diritti che segna il passaggio dalla libertà personale alla schiavitù. Tutta una graduazione gerarchica divideva la società (3); e queste categorie sociali, che pur non restarono fisse col progredire del tempo, corrispondevano da principio alla diversità dei varii elementi etnici della popolazione. La distinzione infatti fra gli uomini forniti della pienezza dei diritti, e gli uomini liberi politicamente soggetti, corrispondeva a quella fra barbari conquistatori e romani. La distinzione fra i conquistatori e quei conquistati che non si potevano assoggettare alla servitù e che pur non si volevano lasciar nel pieno uso della libertà, fece sorgere quella classe dei semiliberi che i barbari, finchè erano restati nelle loro sedi primitive, non avevano conosciuta (4). E, precipua giustificazione della schiavitù in quel periodo come nell'antichità fu la estraneità dello schiavo alla razza della gente che lo possedeva (5). Questa varietà d'elementi nella popolazione dei dominii barbarici; questa loro diversità di fronte al diritto pubblico e questa loro graduazione quasi gerarchica, e tutto quel complesso di vicende, che rinnovando i fattori della varietà, ritardava in varii paesi la formazione d'una popolazione omogenea, furono le cause precipue per cui fu possibile e si mantenne in tanta parte d'Europa il sistema della personalità delle leggi.

(1) Muratori, *Dissertaz.*, I, pag. 8, 9.

(2) Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, pag. 38, 9. Città di Castello, Lapi, 1892.

(3) Guizot, *Cours d'histoire moderne: Histoire de la civilisation en Europe*, pag. 75, 6. Bruxelles, Hauman, 1838.

(4) Pertile, *Storia del dir. ital. dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. III; *Storia del dir. priv.*, pag. 25, 6, 8. Padova, Salmin, 1871.

(5) Pertile, l. c., pag. 55 e seguenti.

72. — Tale sistema ripetè dunque la propria origine dalle condizioni in cui trovaronsi i popoli trasmigrati, ben più che da un loro speciale ed originario indirizzo nel considerare i rapporti fra gli uomini. Fu un concetto che non si elaborò spontaneamente nella loro coscienza per trapiantarsi poi con loro nelle varie terre conquistate, ma scaturì dall'attrito stesso dei rapporti creati dalle migrazioni e dalle conquiste. Ed, a ben guardare, l'opinione del Montesquieu a tale riguardo non è poi così radicalmente contraria a quella del Savigny, come apparirebbe da quanto ne dice lo Sclopis nel riferirle (1). Infatti il Montesquieu dice che queste nazioni erano originariamente divise l'una dall'altra da paludi, laghi e foreste, così da sviluppare, insieme a consuetudini diverse, un profondo sentimento della propria individualità. Quando le necessità della difesa dall'invasione romana le indussero a riunirsi, ciascuno cominciò in quei popoli misti ad essere giudicato nei rapporti di diritto secondo gli usi e le consuetudini della propria nazione (2). « On voit même dans César qu'elles aimaient à se séparer et quand ils furent mêlés, l'indépendance resta encore; la patrie était commune et la république particulière; le territoire était le même et les nations diverses. L'esprit des lois personnelles était donc chez ces peuples avant qu'ils partissent de chez eux, et ils le portèrent dans leurs conquêtes ». E siccome il Savigny (3) afferma che la personalità delle leggi si sviluppò quando le varie nazioni si trovarono frammiste dopo la conquista sopra il medesimo territorio, così ne risulta che, pur divergendo i due autori circa il momento di manifestazione di quel sistema, essi vanno d'accordo quanto alla ragione intima che lo mosse e gli diede vita. Non si trattava secondo entrambi d'un sistema tradizionale in vigore per tutti i trasmigrati pacifici e per i loro discendenti, ma era un ordinamento speciale che la unione collettiva di più genti nello stesso territorio giustificò dal punto di vista della ragione e rese necessario dal punto di vista della pratica (4).

(1) Sclopis, *Storia della legislaz. italiana*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1863, vol. I, pag. 67, 8.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XXVIII, cap. II. Paris, Didot, 1803, vol. IV, pag. 121-3.

(3) Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo*, vol. I, §§ 30, 31; traduz. it., pag. 88-91. Firenze, Battelli, 1844. V. spec. pag. 90, n. 7.

(4) Il Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. I, pag. 260. Leipzig, Duncker und Humblot, 1887, esclude in modo assoluto l'opinione del Montesquieu: " Altgermanisch ist dieser Grundsatz nicht ". Poi il Brunner non

La verità di questo asserto risulta poi tanto più evidente quando si pensi che il sistema della personalità delle leggi non fu una manifestazione nè singolare nè propria ai soli barbari, ma in epoche diverse ed in terre fra loro lontane risultò sempre dall'adesione nello stesso territorio di più genti che si confondono senza fondersi. Nel dominio romano il *jus gentium* ispiravasi pure nel contenuto, se non nel comando che lo sanciva, al principio della personalità; e il diritto provinciale romano, nei rapporti interessanti tutti coloro che non erano stati assunti alla cittadinanza, ispiravasi pur esso al medesimo principio (1); sicchè nell'Esarcato di Ravenna poteva, senza influenza di dominatori barbarici, instaurarsi e vigere lo stesso sistema (2). Tutta la storia della dominazione musulmana è contraddistinta dall'adozione e dall'osservanza della personalità delle leggi, fondata sulla diversità della religione che in Oriente da principio era stata il più sicuro documento, e più tardi fu il fattore più operoso, della varietà degli abitanti e della loro separazione. Nelle dipendenze coloniali moderne è pur sempre il medesimo principio che si manifesta nel regolamento dei rapporti fra la popolazione europea e gli indigeni, come si manifesta nei rapporti fra questi e gli europei, per quanto stabiliti da molte generazioni, in ogni paese maomettano ed in ogni Stato dell'estremo Oriente. È probabile che presso gli stessi barbari originariamente fosse in uso la personalità del diritto nel senso del moderno diritto internazionale europeo, nel senso cioè che il diritto del paese cui la persona apparteneva potesse seguire questa anche oltre i limiti di quel territorio (3). Soltanto la condizione speciale e transitoria in cui si trovarono le genti barbariche dopo la trasmigrazione, mutò ed invertì del tutto questo sistema nel senso medioevale della *personalità delle leggi*, nel senso cioè di una varietà di diritti conservata indefinitamente dai varii elementi di popolazione d'un medesimo territorio, in ragione della diversa origine rispettiva. E che tale sia stata l'origine e lo sviluppo, o, come ora si dice, l'evoluzione del sistema della personalità, è dimostrato dal grado diverso in che quello venne accolto nei varii dominii barbarici, e dal suo carattere universale di transitorietà.

distingue bene il sistema della personalità delle leggi, dal principio della personalità nei rapporti propriamente detti di diritto internazionale privato.

(1) V. pag. 188-191.

(2) Savigny, *Storia* cit., vol. I, §§ 105 e 116, pag. 226 e 257, 8.

(3) Eichhorn, vol. I, pag. 267, 270, 1 e n. 2.

73. — Presso i Goti la personalità ebbe una espressione più tenue. Giungessero quali conquistatori, o, come in Italia, colla parvenza di strumenti d'una restaurazione romana, essi erano stati prima in contatto pacifico coll'impero, da quando Teodosio li aveva dotati di sedi dove potessero continuare a vivere colle proprie leggi. Quando Teodorico venne in Italia, egli si dimostrò pertanto molto più equo degli altri conquistatori nel rispettare la libertà e l'individualità economica degli abitanti, e molto meno disposto di quelli a riconoscere ed a perpetuare la separazione della rispettiva individualità giuridica degli indigeni e dei nuovi venuti. Nell'assegnazione delle terre ai suoi Goti, egli diede prova d'una rara moderazione ed equità; come nei rapporti religiosi praticò una tolleranza che precorreva gli ancor lontani trionfi della libertà di coscienza. Nei rapporti di diritto quel principe aspirò, se non a realizzare rapidamente, certo a preparare la fusione dei due popoli, restringendo la personalità del diritto in limiti assai ristretti. Ispirato dalla civiltà romana, conscio dell'ufficio e dei doveri dello Stato, egli non era più un capo barbarico, ma un principe illuminato che esercitava di fatto se non di nome l'autorità imperiale in occidente. Egli subiva, limitandola, la personalità delle leggi che manteneva l'isolamento delle varie schiatte di abitatori, e dava, primo fra i conquistatori barbarici, l'esempio di un metodico e consapevole avviamento alla fusione dei due popoli. Una legge di contenuto romano, l'Editto, era obbligatoria, nei casi più frequenti (1), così per i Romani come per i Goti e dava ad entrambi un patrimonio giuridico comune, che avrebbe dovuto, nei periodi successivi dello Stato goto, continuare progressivamente ad allargarsi. Alle leggi penali romane era pure attribuito un carattere territoriale. Non restavano dunque abbandonati all'ordinamento personale se non che quei rapporti fra individui della medesima schiatta che non fossero stati nè di indole penale, nè contemplati dall'editto. Rispetto a quelli i giudici romani giudicavano le cause dei Romani fra loro, ed il *comes Gothorum* quelle dei Goti; e nei processi misti

(1) " Ante oculos habentes illa quae possunt saepe contingere... ut salva juris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quae Barbarici Romanique sequi debeant super expressis articulis, edictis praesentibus evidenter cognoscant „ prologo dell'*Editto.* E nell'epilogo: " ..... quae omnium barbarorum sive Romanorum debet servare devotio. Quia quod pro omnium provincialium securitate provisum sit, universitatis debet servare devotio „.

la magistratura era mista con prevalenza del diritto romano su quello barbarico (1).

Presso i Longobardi che pur scendevano in Italia non modificati come i Goti nè dalla dimora pacifica in territorio romano, nè da una delegazione più o meno spontaneamente conferita dal potere imperiale, si riscontrano analoghe riserve nell'ammettere il sistema della personalità. Delle altre nazioni barbariche vinte od alleate essi tentavano e per lo più riuscivano a fare un tutto omogeneo colla nazione loro. Un notevole esempio ne fu Tatone, uno dei predecessori di Alboino, che accrebbe il proprio esercito coi guerrieri delle genti erule da lui domate e delle quali non si conobbe più il nome fra le schiere longobarde perchè ormai confuso con quello dei vincitori (2). Alboino associò alla propria impresa d'Italia, Sarmati, Bulgari, Gepidi, Svevi, Sassoni, Pannoni, Norici, i quali ultimi erano cittadini romani. E che dalla convivenza derivasse l'assorbimento di questi popoli nella nazione longobarda risulta dall'emigrazione dei Sassoni, che non volendo vivere a legge longobarda, nè potendo ottenere di vivere secondo la legge propria, abbandonarono i Longobardi ed uscirono d'Italia (3).

Sarebbe però in errore chi sostenesse perciò che i Longobardi imponessero a tutti i sudditi dei loro dominii una sola legge civile; che praticassero, cioè, il sistema del diritto territoriale (4). L'Italia civile ebbe non solo l'attitudine a mitigare i costumi dei Longobardi (5), ma anche quella di persuaderli ad un certo rispetto del diritto dei suoi abitanti (6), che non fu mai del tutto negato presso di loro (7). Anzi tanto fu praticata fra i Longobardi la personalità delle leggi, limitatamente ai rapporti interessanti i Romani, che, più tardi,

(1) Guerrini, *Se l'editto di Teodorico fosse personale o territoriale*, Livorno 1884, e Karlowa, Op. cit., vol. I, pag. 947.

(2) Trevisani, *Delle leggi longobarde in relazione coi popoli conquistati*, pag. 35. Napoli, Priggiobba 1844.

(3) Paolo Diacono, *Historia Langobardorum*, lib. III, 6: " Certum est autem hos Saxones ideo ad Italiam cum uxoribus et parvuli advenisse, ut in ea habitare deberent: sed quantum datur intellegi, noluerunt Langobardorum imperii subjacere. Sed neque eis a Langobardis permissum est in proprio jure subsistere, ideoque aestimatur ad suam patriam repedasse ".

(4) Trevisani, loc. cit., pag. 71-6.

(5) Muratori, *Dissertaz.*, I e XXI, pag. 6, 7, 298.

(6) Muratori, *Dissertazioni*, vol. cit., Dissertaz. XXII, pag. 328, 9.

(7) Savigny, *Storia*, ediz. cit., vol. I, §§ 33, 36, 44, 120, 1, pag. 93, 97, 112, 265-271 e vol. II, § 77, pag. 136, 7.

unito il regno longobardo con quello franco, il primo servì di strumento precipuo alla conoscenza nel secondo del diritto giustinianeo (1).

Il sistema della personalità delle leggi fu accolto e sviluppato molto più completamente fra i Franchi che, a differenza dai Longobardi e più ancora completamente dei Visigoti di Spagna, univano sotto uno stesso dominio più popoli con particolari diritti nazionali. È contestato che quel sistema esistesse fin da principio nel diritto salico, ma nella legge dei Ripuarii è adottato in termini tali relativamente a tutte le schiatte abitanti lo stesso paese, da confermar l'opinione che l'origine della personalità delle leggi sia stata l'applicazione della legge nazionale fatta da principio agli stranieri abitanti nel territorio. Da principio leggi diverse da quella Ripuaria si applicavano, nel senso moderno della personalità, agli stranieri che venivano od agivano nel territorio di quella gente. Più tardi, diventata mista la popolazione dello stesso dominio, si perpetuò l'impero di quella norma dandole più largo significato, ed applicandola alle diverse razze stabilite nel paese, si arrivò al concetto medioevale delle leggi personali (2). Con questa estensione può dirsi che il sistema della personalità sia sopratutto proprio dei franchi; nel diritto franco si affermò infatti con pienezza di effetti, e da quello lo imitarono le leggi degli altri popoli, d'un lato assumendo presso i Longobardi proporzioni assai maggiori di quelle che Rotari aveva consentite, dall'altra estendendosi successivamente all'est ed al nord, più ancora che per l'esempio, per il dominio dei Carolingi (3).

Si può dunque ritenere, considerando le traccie delle sue origini, e i gradi diversi del suo sviluppo presso i varii popoli, che quel sistema siasi sviluppato per effetto di peculiari circostanze mercè la modifica-

(1) Eichhorn, vol. I, pagina 611, 2 e n. *d*. Cfr. Savigny, ediz. cit., vol. I, parte II, capo XIV, §§ 77, 78.

(2) *Lex Ripuariorum*, tit. 31, *De homine ingenuo representando*, 3: " Hoc autem costituimus ut infra pagum Ripuarium, tam Franci, Burgundiones, Alamanni, seu de quacumque natione commoratus fuerit, in judicio interpellatus, sicut lex loci continet, ubi natus fuerit, sic respondeat. 4: Quod si damnatus fuerit, secundum legem propriam, non secundum Ripuariam damnum sustineat ".

(3) Questa condizione di cose era rappresentata forse con qualche esagerazione da Agobardo vescovo di Lione quando diceva: " ... tanta diversitas legum, quanta non solum in singulis regionibus aut civitatibus sed etiam in multis domibus habetur. Nam plerumque contingit ut simul eant aut sedeant quinque homines et nullus eorum communem legem cum altero habeat ". V. *Monum. Germ. Hist.*, *Leges*, vol. III, pag. 504.

zione d'uno stato di diritto internazionale analogo a quello vigente presso i popoli dell'antichità e non del tutto dissimile da quello dominante presso i popoli moderni. Da principio lo straniero propriamente detto viveva, o poteva ottenere la facoltà di vivere, secondo il diritto proprio, e tale concessione restava pertanto nel campo dei rapporti internazionali. Più tardi, seguirono le molte trasmigrazioni, i frequenti mutamenti di dominio, il contatto fra genti diverse e diverse civiltà nel medesimo territorio, e la molteplice mescolanza delle varie popolazioni. Allora se i popoli dominatori erano o abbastanza omogenei, o molto preponderanti di forze, o non molto inferiori di coltura al popolo dominato, essi non modificarono nelle nuove sedi il sistema praticato nelle sedi antiche, anzi cercarono di procedere o rapidamente come gli Ostrogoti ed i Visigoti, o lentamente come i Longobardi, alla fusione, sia di tutti gli elementi non romani, sia di tutti i sudditi senza distinzione, in un popolo solo con comunanza di diritto privato. Quando invece o la varia composizione del popolo conquistatore, o la coltura superiore di quello dominato, dimostravano fin da principio, come presso i Franchi, oppure la tenacia delle peculiarità nazionali successivamente dimostrava come altrove, la difficoltà di fondere in uno quei varii popoli che pur abitavano il medesimo Stato, allora, giustificato dalla necessità, si affacciava alla mente il pensiero di riconoscere colla legge la condizione effettiva di separazione che esisteva fra quei varii elementi, lasciandoli reggersi rispettivamente secondo il proprio diritto nazionale originario.

Fra i Franchi, per una serie complessa di ragioni, si manifestò più completa che altrove tale condizione di cose; e perciò essi furono più pronti ad accogliere e più larghi nello sviluppare il sistema delle leggi personali (1). Rispetto al quale, che non fu fenomeno nè esclusivamente germanico, nè esclusivamente medioevale, sarebbe fuor di luogo parlare di germe elaboratosi nelle selve tedesche e di genio del germanesimo. Tale generalità è smentita dal fatto che taluni popoli, pur d'origine germanica, non accolsero quel sistema, che altri l'adottarono

(1) Secondo il Brunner, Op. cit., pag. 260, 1 e 275-7, soltanto il diritto ebraico ed i diritti slavi non hanno conseguita la condizione di leggi completamente riconosciute dal punto di vista del sistema della personalità. Quanto al primo, egli dice, trattavasi di diritti tollerati cui la magistratura non era obbligata di uniformarsi. Ma se ciò è vero quanto al fondamento giuridico ed alla stabilità di applicazione del diritto personale, è vero altresì che nella pratica quella applicazione avveniva per gli Ebrei come per gli altri elementi della popolazione.

soltanto nei rapporti coi Romani e che mentre presso popoli di coltura romana era prevalso in senso analogo, nel diritto provinciale romano, un sistema di diritti personali e non prevalse mai negli stessi rapporti di diritto internazionale privato propriamente detto il sistema della territorialità, questo trovò fino ai nostri tempi, appunto presso popoli di ceppo germanico, il più saldo dei suoi baluardi. Minimo nell'ordinamento civile d'alcuni popoli; variamente esteso presso altri; completo sopratutto in dominii vasti e complessi come quello dei Carolingi, il sistema della personalità delle leggi ebbe un'origine più intima e generale in una condizione storica che poteva riprodursi altrove ed infatti si riprodusse: l'unione politica di più popoli del tutto diversi per razza, per tradizioni e per coltura, che, tratti dalle vicende della migrazione e della conquista a convivere nel medesimo territorio, pure trovavano, nella persistente sopravvivenza della rispettiva individualità civile, un ostacolo lungamente non superabile ad ogni tentativo di fusione in un popolo solo.

74. — Comunque fosse adottato il sistema della personalità, la sua applicazione diretta più o meno completa ne era limitata agli uomini liberi. Ai non liberi quel principio non poteva applicarsi che mediatamente, estendendosi a loro il diritto dei dominatori dei quali ritenevasi come un riflesso la loro individualità giuridica. Fu questa necessaria estensione del diritto del popolo dominante agli abitanti privi della libertà, che indusse taluno ad esagerare la condizione d'asservimento di quei popoli presso i quali non veniva applicato completamente, in favore della gente politicamente soggetta, il principio della personalità delle leggi. Ritenendosi infatti che questo rappresentasse l'ordinamento normale dei rapporti fra liberi in tutti gli Stati barbarici, se ne induceva che dovunque ad una parte della popolazione quel principio completamente non si applicasse, dovessero ritenersi quegli abitanti in una condizione di servitù civile che avesse accompagnato o seguito l'asservimento politico (1). Tale era, secondo il Troya, la condizione dei liberi indigeni nelle provincie italiane conquistate dai Longobardi. Ma nè dai rapporti giuridici dei Romani sotto il dominio longobardo era così completamente esclusa la legge personale; nè questa era parte così inseparabile, nei dominii barbarici, dall'amministrazione della giustizia fra liberi, da doversi ritenere che,

(1) Troya, *Storia d'Italia del medio evo*, vol. I, parte V, Napoli, Stamperia Reale, 1841; *Discorso della condizione dei Romani vinti dai Longobardi*, § XLIII, pag. LX e seguenti.

dove quell'applicazione non fosse garantita, mancasse anche la garanzia completa della libertà personale.

La schiavitù continuava bensì a sussistere in quelle società medioevali, alimentandosi a fonti analoghe a quelle della servitù antica. Sua giustificazione più normale era pur sempre il contrasto della nazionalità del servo con quella del padrone; e sua fonte precipua era la prigionia di guerra che fin dopo il mille fu, anche nei rapporti fra nazioni cristiane, una causa incontrastata di schiavitù (1). Non mancavano di questa altre cause come i debiti e specialmente quelli di giuoco, e la vendita della propria libertà; ma la prigionia di guerra ne era non solo la causa più continua e costante, ma anche quella la cui legittimità durò più lungamente incontestata (2); sicchè anche nel medio evo apparisce la verità di quel principio cui ho accennato a proposito dell'antichità (3), che cioè la prima e creativa causa della schiavitù è l'estraneità, e che quella si collega a questa come una sintetica conseguenza del misconoscimento dei diritti dello straniero. Quanto alla condizione degli schiavi non mancarono leggi che tentassero di migliorarla; ne sono esempi il divieto della tratta di schiavi cristiani fatta da re Canuto, e le norme della Chiesa sovente ispirate a tale riguardo al sentimento della giustizia e della pietà. Ma l'efficacia di queste influenze fu assai lenta a manifestarsi. E quando si pensa che, nel caso di matrimonii fra schiavi e liberi, Giustiniano aveva riconosciuta la libertà della prole (4), mentre secondo alcune leggi medioevali la condizione servile d'uno dei genitori comunicavasi, oltrechè ai figli, anche all'altro coniuge, si comprende quanto regresso si fosse manifestato nelle leggi e nella coscienza dei popoli d'occidente. E tanto maggiore appare tale regresso quando si pensi che i servi rappresentavano l'ultimo gradino d'una scala discendente d'uomini dipendenti, in quelle società medioevali nel cui seno l'uomo perfettamente libero ed arbitro di sè era un'eccezione.

Data la completa mancanza d'una individualità giuridica nei servi, era naturale che il principio della personalità non potesse manifestarsi in loro dal momento della liberazione se non che applicando loro o la legge del popolo dominante nel paese dov'erano stati liberati (5),

(1) Pertile, *Storia*, vol. III, pag. 55 e seguenti.
(2) Brunner, *Storia* cit., vol. I, pag. 231.
(3) V. pag. 40-1, 72, 74, 118, 119, 121.
(4) L. 5 Dig., *De statu hominum*, I, 5, 2 e L. 19 *ibid.*
(5) Eichhorn, l. c., vol. I, pag. 266, 7.

oppure quella del padrone che li aveva emancipati (1) o della razza o dell'istituto secondo le forme proprie dei quali erano stati emancipati (2). Così ad una categoria abbastanza numerosa di uomini, per effetto dell'annullamento della loro personalità giuridica ch'era stato operato dalla schiavitù, era attribuita come *personale* dal diritto positivo, una legge che non era personale secondo le ragioni della razza e della discendenza. Liberti di origine straniera ricevevano così l'uso del diritto salico, ed erano fra quelli che quantunque non fossero franchi di stirpe pur vivevano secondo la legge propria di questi: e liberti di varia origine venivano suddivisi altrove al momento della liberazione fra le varie categorie della popolazione libera (3). Ed in tal guisa al termine della schiavitù vediamo operare come alla sua origine un concetto comune al medio evo ed all'antichità. Come in entrambi i periodi storici la estraneità da principio la giustifica, e la guerra sopratutto la alimenta, così l'emancipazione apparisce in entrambi come una forma indiretta e dissimulata di naturalizzazione, mercè della quale anche i popoli più chiusi in se stessi aprono una breccia all'ingresso ed alla mescolanza di elementi stranieri.

75. — Ma è nella famiglia, nelle norme che presiedono alla sua formazione e al suo governo, che si manifesta ad un tempo il movimento di ripulsione o di attrazione fra le due razze conviventi nello stesso paese, ed il fattore precipuo della loro fusione. A questa si opponeva, nei rapporti coi barbari novellamente trapiantati nel territorio, l'impero d'occidente durante l'ultimo periodo della sua esistenza. Quei nuovi venuti continuavano a ritenersi peregrini anche dopo trapiantati stabilmente nell'impero; e, senza distinguere l'una dall'altra specie di unione coniugale, gli imperatori Valentiniano e Valente furono indotti dallo spirito di conservazione della decadente società romana a proibire nel 365 ogni maniera di unione fra quei barbari e i provinciali (4). Però prima ancora che l'impero d'occidente

(1) Muratori, *Dissertaz.*, XXII, pag. 344. V. regole di Rotari sulla manomissione. Rotharis *Leges*, 225, 226 e 229: " Omnes liberti qui a dominis suis Langobardis libertatem meruerunt, legibus dominorum suorum vivere debeant: secundum qualiter a suis dominis propriis concessum fuerit ".

(2) Brunner, vol. cit., pag. 268, 9 e n. 49.

(3) Eichhorn, l. c., pag. 267 e nota *i*.

(4) Leg. I, *De nuptiis Gentilium*, Cod. Theodos., lib. III: " Nulli provincialium, cujuscumque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quodsi quae inter provinciales atque gentiles affinitates ex hujusmodi nuptiis extiterint (quod in iis suspectum vel noxium detegerit) capitaliter expietur ". V. pag. 136, 7, 140.

fosse travolto dalla rovina, quella proibizione, che non riguardava i pagani in opposizione ai cristiani ma bensì i barbari in confronto dei Romani (1), andò soggetta a sempre crescenti eccezioni prima individuali e poi generali, così che nel quinto secolo dal lato dei Romani un simile divieto o non esisteva più, od esisteva come lettera d'una legge non più osservata nella pratica (2).

Un'analoga proibizione pare che esistesse originariamente presso i popoli germanici non solo nei rapporti con genti di diversa razza, ma anche in quelli fra le varie genti germaniche. Nel primo senso potrebbe interpretarsi quanto dice Tacito a proposito del connubio (3); ma della seconda specie era certo il divieto che s'imponevano i Rugi, quantunque uniti politicamente coi Goti, di sposare donne che non fossero della loro schiatta (4). Ma per quanto riguarda i regni barbarici formatisi sulle rovine dell'impero romano, quella proibizione del connubio non fu, come non era stata nell'ultimo periodo di quell'impero, un fenomeno nè generale nè duraturo. Per un certo tratto di tempo è fuor di dubbio che i matrimonii fra Germani e Romani furono proibiti nel regno dei Visigoti, ed in quello africano dei Vandali; divieto ispirato probabilmente nel primo caso da una ripugnanza etnica e nel secondo da un'antipatia religiosa (5). Nel primo caso la proibizione era quella stessa della legge Valentiniana, ed identico ne era l'obbiettivo quantunque il punto di vista della individualità nazionale da preservare fosse diversa. A poco a poco anche nella Spagna quella proibizione, che aveva resistito all'unificazione religiosa della penisola, cadde in disuso e fu formalmente abolita nel settimo secolo dal re Receswindo (6), senza dubbio collo scopo di pro-

(1) V. pag. 140 e n. 2.

(2) Gaupp, *Die germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen in der Provinzen des Römischen Westreiches*, pag. 208, 209. Breslau, Max, 1844.

(3) Tacit., *De moribus*, ecc., IV: " Germaniae populi nullis aliis aliarum nationum connubiis infecti propriam et sinceram et tantum sui similem gentem... extiterunt ".

(4) Procopio, *De bell. Goth.* lib. III, cap. 2 in Muratori, *Rer. Italic. Script.*, vol. I, pag. 303, Mediolani 1723: " ..... rem bellicam in commune (cum Gothis) semper tractarunt. Vitatis tamen mulierum alienarum connubiis, nationis suae nomen pura sobolis successione apud se conservarunt " e Adam. Bremensis, *Hist.*, lib. I, parlando dei Sassoni: " Generis quoque aliis aliarum gentium, vel sibi inferiorum connubiis infecti, propriam et sinceram tantumque sibi similem gentem facere conati sunt ".

(5) Gaupp, Op. cit., pag. 209, 210, 2.

(6) *Lex Wisigothorum*, Liber Tertius, *De ordine conjugali*, Titulus I, *De dispositionibus nuptiarum*, 1: " Sollicita cura in Principe esse dinoscitur,

muovere la fusione definitiva delle varie schiatte (1). Anche presso i Borgognoni non può interpretarsi che come avanzo d'un divieto da lungo tempo scomparso, la disposizione che privava d'ogni ragione ereditaria sui beni dei genitori la figlia romana che senza il loro consenso avesse sposato un borgognone (2).

Presso altri popoli germanici un tale divieto non appare più sussistente dopo la trasmigrazione e la conquista; anzi alcuni di loro manifestarono, con un indirizzo del tutto diverso, l'aspirazione a fondere i varii abitanti del dominio rispettivo in un popolo solo. A questo tendeva la politica di Teodorico; e le leggi dei Franchi, immuni da proibizioni di quella specie, erano in ciò identiche a quelle dei Longobardi. Tali connubii promossi o consentiti dalla legge e secondati dai costumi, furono il precipuo fattore delle nazioni moderne; il loro sviluppo segnò il cammino delle varie razze che l'una all'altra si avvicinavano, e produsse ad un tempo quella mescolanza nuova ed omogenea che il Summer Maine (3) chiamava la *triturazione delle società*.

Riconosciuto come legittimo il matrimonio misto, l'attitudine a contrarlo veniva constatata in ciascuno dei due coniugi secondo la legge rispettiva, e la forma nella quale lo sposo si obbligava alle nozze doveva corrispondere al diritto personale di lui; mentre il prezzo dell'acquisto della sposa e il pagamento del mundio seguivano invece la legge di lei. Costituita la famiglia, la legge e la nazionalità del padre si estendevano a quella e diventavano legge e nazionalità della donna maritata, per la quale la nazionalità originaria quando anche fosse enunciata, insieme con quella acquisita, negli atti pub-

cum pro futuris utilitatibus beneficia populorum providentur. Nec parum exultare debet libertas ingenita, cum fractas vires habuerit priscae legis abolita sententia; quae incongrue dividere maluit personas in conjuges (conjugio), quas dignitas compares aequaverit in genere. Ob hoc meliori proposito salubriter censentes priscae legis remota sententia, hac in perpetuum valitura lege sancimus, ut tam Gothus Romanam, quam etiam Gotham Romanus, si sibi conjugem habere voluerit, praemissa petitione dignissima, facultas eis nubendi subjaceat: liberumque sit libero, liberam quam voluerit, honesta conjunctione consulta perquirendo, prosapiae solemniter consensu, Comite permittente, percipere conjugem „.

(1) Canciani, *Barbar. leges antiquae*, vol. IV. Venetiis MDCCLXXXIX, apud Piterium, pag. 88, n. 3.

(2) *Lex Burgundionum*, XII, *De raptu puellarum*, 5: “ Romana vero puella, si sine parentum suorum voluntate aut conscientia se Burgundionis conjugio sociaverit, nihil se de parentum facultate noverit habituram „.

(3) Summer Maine, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. fr., Paris, Thorin, 1884.

blici (1), valeva di regola come indicazione di fatto non produttivo di effetti giuridici. Non mancano pur casi di donne maritate che non seguivano la legge del marito, ma conservavano quella originaria della loro famiglia. Il Muratori cita parecchi di questi esempi: una moglie di longobardo che continua a vivere a legge germanica, due mogli di romani che continuano a seguire la legge longobarda; e il caso della contessa Matilde che professa in varii atti successivi più leggi diverse (2). Tali eccezioni non dipendevano però da un arbitrio di scelta che competesse alla moglie, bensì dal non aver il marito in quei casi adempiuto a quelle condizioni che le leggi longobarde e franche esigevano perchè la moglie soggiacesse alla legge di lui. La legge 127 di Liutprando estendeva il diritto del marito alla moglie se quello *mundium ex ea fecerit*. Se dunque lo sposo non aveva acquistato il mundio dai parenti, la moglie conservava la legge originaria, non per un atto della sua volontà, ma perchè il marito non aveva fatto quanto era necessario a fargliela mutare (3).

Alla vedova era consentito di ripigliare la legge anteriore al matrimonio: il capitolare dato da Lotario I in Corteolona nell'823 riconosce questa regola in termini generali (4). E l'applicazione che la pratica fece di quelle disposizioni, spiega le successive dichiarazioni diverse di legge personale che si hanno della contessa Matilde. La norma del diritto longobardo, secondo la quale la moglie seguiva la legge del marito, veniva interpretata restrittivamente nel senso che una longobarda sposata ad un salico non divenisse salica per questo, e la disposizione del capitolare di Lotario doveva applicarsi alle sole mogli di un marito longobardo. La prima interpretazione non fu adottata nei riguardi della contessa Matilde dai suoi giureconsulti e perciò essa assunse secondo la regola comune il diritto salico del marito; adottarono invece l'interpretazione restrittiva del capitolare di Lotario e perciò essa ha continuato, dopo la morte del marito, a professare la legge salica. Così il Padelletti (5) spiega le

(1) V. Muratori, vol. cit., pag. 374.

(2) Muratori, pag. 345, 6.

(3) Padelletti, *Delle professioni di legge nelle carte medioevali*, p. 444, 5, dell'*Archivio storico italiano*, serie III, vol. XX, anno 1874. Firenze, Viesseux, 1874.

(4) Cap. XIV del Capitolare: " Ut mulieres Romanae, quae viros habuerint Longobardos, eis defunctis a lege viri sint absolutae et ad suam revertantur legem. Et hoc statuimus, ut simili modo servetur in ceterarum natione mulierum ".

(5) Padelletti, l. c., pag. 446.

anomalie nelle dichiarazioni di legge della contessa Matilde, attribuendo le sue professioni di legge longobarda ad un errore del notaio. La qual'ultima spiegazione non è convincente, nè basta in ogni modo ad infirmare la regola che la moglie seguiva la legge del marito e riprendeva dopo la vedovanza la propria legge.

I figli di regola seguivano nei matrimonii misti la nazione e la legge del padre (1); erano eccezionali così le disposizioni che attribuivano ai figli la legge del genitore inferiore (2), come quelle relative agli illegittimi che o seguivano la legge della madre od avevano la libertà di scelta della propria legge (3).

76. — Gli ecclesiastici, coll'uso invalso di abbandonare la propria legge per seguire quella romana, rappresentano, insieme colle donne maritate, i primi esempii di una legge personale non corrispondente all'origine della persona. Tale deroga dalla legge originaria in favore di quella della corporazione, nè apparisce però fin dall'origine (4) nè si riscontra dovunque in eguale misura (5). Rispetto agli ecclesiastici è dunque esatto il dire che presentano un primo caso di divergenza fra la nazione e la legge, ma non sarebbe altrettanto esatto il dire che presentino sempre tale divergenza e che loro legge debba essere in modo assoluto quella romana. Nella pratica anzi avveniva sovente il contrario. Una legge unica del clero che lo facesse uscire dalla comunità

(1) *Leges Langobardicae*, Liutprandi, liber VI, LXXIV: " ..... et filii qui de eo matrimonio nascuntur secundum legem patris Romani sunt et lege patris vivunt ".

(2) *Lex Ripuariorum*, tit. LVIII, *De tabulariis*, XI: " Si autem ecclesiasticus, Romanus, vel regius homo ingenuam Ripuariam acceperit, aut si Romana, vel regia seu tabularia, ingenuum Ripuarium in matrimonium acceperit, generatio eorum semper ad inferiora declinetur ".

(3) Schupfer, op. cit., pag. 9, 10. " Justum est ut homo de adulterio natus vivat quali lege voluerit " *Quaestiones ac monita*, § 30.

(4) *Lex Ripuariorum*, tit. XXXVI, *De diversis interfectionibus*, V: " Si quis clericum interfecerit, juxta quod nativitas ejus fuit, ita componatur "... v. VI, VII, VIII e IX. Per *nativitas* in questo caso si deve intendere la *condizione* e non la *origine etnica*. Se si trattava di un chierico libero " sicut alium ingenuum cum ducentis solidis componat ". Originariamente il guidrigildo del chierico ingenuo era sempre quello dell'ingenuo romano perchè il clero era quasi esclusivamente romano. Più tardi, mutata la fede e le abitudini religiose della razza dominante e cominciatosi da questa a dare un grande contingente al clero, il guidrigildo del chierico ingenuo venne unificato secondo un' altra misura, quella cioè dell' ingenuo franco. V. Sohm, n. 74 alla *Lex Ripuaria* nei *Monum. Germ. Historica*, *Leg.*, T. V, fasc. II. Hannover, Haniau, 1883.

(5) Savigny, *Storia*, vol. I, § 40, pag. 104, 5.

politica originaria, legandolo tanto più alla comunità spirituale cui apparteneva, avrebbe corrisposto bensì ad un ideale della Chiesa, ma a questa non venne fatto di attuarlo senza gravi difficoltà. I Germani che entravano (1) nel sacerdozio preferivano conservarvi la legge della propria nazione. A questa, per eccezione, i chierici rinunciavano, diversi in ciò dagli altri uomini liberi la cui legge personale era un fatto derivante dalla nascita, nè poteva essere l'effetto di una libera elezione della volontà. Questo principio della stabilità della legge personale riprendeva dopo quella libera elezione tutto il suo impero sulla loro condizione giuridica, nel senso che, una volta accettata da loro la legge romana, questa restava la legge loro per tutta la vita senza che potessero nè ritornare a quella d'origine nè assumerne una diversa (2).

In queste proporzioni corrisponde alla realtà l'affermazione della romanità del clero, durante il periodo della personalità delle leggi. La legge di Liutprando, che si cita a tale proposito, si riferisce soltanto alle conseguenze d'ordine famigliare dell'ingresso nello stato ecclesiastico di un longobardo che avesse figli; e la disposizione di Lodovico il Pio: « ut omnis ordo ecclesiarum lege romana vivat » riguarda le chiese considerate come persone morali, ed accorda l'uso della legge romana a quelle come enti autonomi o, per dir più esattamente, al santo che le rappresentava, ma non dispone riguardo ai chierici ed alla professione di diritto che dovevano seguire (3). Ed infatti, tra il secolo X ed il XII, le professioni di legge del clero sono in maggioranza non romane. Dell'874 si ha quella di un vescovo di Padova che dichiara di vivere secondo la legge salica (4) ed un altro vescovo di Padova nel 1045 professa di vivere « ex nacione mea lege Alamannorum » (5). Tutto ciò basta a provare che, secondo le legislazioni impe-

(1) Salvioli, *Nuovi studii sulle professioni di legge nelle carte medievali italiane: Atti e memorie di storia patria per le provincie modenesi e parmensi*, vol. II, pag. 390-2.

(2) Salvioli, l. c., pag. 396.

(3) Salvioli, l. c., pag. 393, 4.

(4) Dondi Dall'Orologio, *Dissertazione seconda sopra la storia ecclesiastica di Padova*, Padova, Seminario, 1803, doc. III, pag. 6, anno DCCCLXXIV, Ex tabulari Sanctae Justinae: " ..... offero atque trado ego Rorius episcopus secundum legem Salicam ad presenti die omnes res meas etc. „ e pag. 90, 1, doc. LXI, anno MXLV: " ..... ego Burhardus episcopus sedis sancte Justine Patavensis ecclesie qui professo sum ex nacione mea lege vivere Alamannorum... „.

(5) V. altri esempii in Salvioli, l. c., p. 399.

ranti in Italia durante il periodo della personalità delle leggi, non era fatto obbligo al clero di vivere secondo la legge romana. L'adozione di questa non era che una facoltà della quale il maggior numero non approfittava. La presunzione, anche per il clero, era in favore della legge d'origine, ed ogni qual volta si volesse far prevalere quella romana, l'ecclesiastico aveva obbligo di dichiararlo. L'adozione di quella legge che la Chiesa preferiva era appunto motivata e giustificata coll'onore del sacerdozio e la qualità delle funzioni ecclesiastiche « per clericalem honorem, pro honore sacerdotii »; sicchè quando il chierico è dichiarato di legge romana, senza una tale motivazione che ne giustifichi la preferenza, deve ritenersi, sia questo o non sia espresso, ch'egli fosse effettivamente di origine romana. Fu solo a partire dall'XI secolo che la Chiesa potè far prevalere (1) il principio della sommissione del clero in tutto od anche in parte soltanto al diritto romano, e che si presunse, in mancanza di esplicita dichiarazione contraria, la prevalenza della legge romana. E questa, anche quando era ammessa contro la legge di origine, giustificavasi per motivi tanto individuali da doversene restringere il più possibile gli effetti, conservando ai figli la nazione e la legge che il padre aveva prima della sua conversione allo stato sacerdotale (2).

La presupposizione di legge romana valeva nel caso degli enti ecclesiastici considerati come persone morali (3). In tal caso avviene il fatto inverso a quello notato per gli ecclesiastici, che cioè soltanto per una eccezione esplicitamente contenuta (4) in privilegi sovrani quegli enti potevano reggersi a legge diversa da quella romana.

77. — Durante tutto quel periodo, dunque, che corrisponde alla prima e più importante parte del medio evo, un numero di diritti maggiore o minore, secondo i luoghi ed il tempo, si trovarono di fronte come leggi personali. Da prima furono il diritto romano e quello

(1) Pertile, vol. III, pag. 137 e segg.

(2) *Leges Langobardicae*, Liutprandi, lib. VI, C: " Si Langobardus, uxorem habens, filios aut filias procreaverit, et postea, inspiratione Dei compulsus, Clericus effectus fuerit, tunc filii et filiae qui ante ejus conversione nati fuerint, ipsa lege vivant qua lege ille vivebat quando eos genuit, et caussam suam per legem ipsam finire debeat ".

(3) *Lex Ripuar.*, 58, 1: " legem Romanam quam ecclesia vivit " e *Lib. leg. Lang. Lud. P.*, 53, L. IV, 539: " ut omnis ordo ecclesiarum secundum legem romanam vivat ".

(4) Questo avveniva per chiese e monasteri posseduti o specialmente protetti dal principe. V. Bethman-Hollweg, vol. V, pag. 78, n. 78, ap. Brunner, pag. 269, n. 53.

della nazione conquistatrice; poi le successive conquiste, sopratutto quelle dei Franchi, diedero ad un numero maggiore di diritti quel carattere di concorrente applicabilità nei varii territorii secondo il criterio della personalità. L'impero franco estese anche in Italia, oltrechè al diritto longobardo ed a quello romano, il medesimo carattere anche al salico, al ripuario, all'alemanno, al bavaro ed al burgundico; e per converso il diritto longobardo acquistò nel dominio franco validità di legge applicabile secondo il criterio della personalità (1). Dopo la ristaurazione dell'impero era questa, dati i principii prevalenti presso i Franchi circa l'applicazione della legge, una conseguenza necessaria della comunanza del dominio. Fu più tardi, e con rapidità assai diversa secondo le varie regioni, che l'Italia ritornò, circa i diritti personali, al punto di partenza dove l'aveva trovata il dominio franco, cioè alla limitazione di quel carattere di applicabilità alle sole leggi romana e longobarda. Le leggi penetrate in Italia coi Franchi (2) cedettero a poco a poco, venendo assorbite dall'una o dall'altra di quelle due, che continuarono fra loro con varia vicenda la lotta per la supremazia nell'unificazione del diritto nelle diverse parti della penisola.

La esistenza, almeno nei rapporti fra indigeni e dominatori, del sistema della personalità delle leggi, è la prova più eloquente della continuità di vita ch'ebbe in Italia il diritto romano. Questo non subì una vera soluzione di continuità nei dominii barbarici; soltanto vi assunse un carattere del tutto diverso quanto al titolo della sua forza obbligatoria. Durante l'ultimo periodo dell'impero esso aveva avuto assoluto carattere territoriale; nei dominii germanici continuò ad esistere come diritto personale; prima delle invasioni valeva nei limiti del territorio imperiale come comando della sovranità ai proprii sudditi; più tardi continuò a sussistere come norma regolatrice di una schiatta cui la nuova sovranità continuava a consentirne l'applicazione (3).

Era poi una conseguenza della necessità delle cose che il diritto romano, mutato in quei dominii barbarici il titolo della propria obbligatorietà, si modificasse anche dal punto di vista della sua elaborazione intrinseca, e che, in tanto frazionamento di dominii, non

(1) Gaupp, l. c., pag. 222; Sclopis, l. c., pag. 69. Cfr. Savigny, *Storia*, vol. I, § 41, pag. 106.
(2) Schupfer, *Storia*, pag. 151, 2.
(3) Spanheim, *Orbis Romanus*, II, 7: cfr. Trevisani, l. c., pag. 4, 5, 6; Sclopis, pag. 26, e Gaupp, pag. 219, 227, 8.

potesse dovunque mantenere in Occidente quella uniformità di purezza che pur in Oriente aveva conservato (1). Il diritto teodosiano continuò in varii paesi a dominare anche dopo che la raccolta di Giustiniano lo aveva abolito; e ciò accadde specialmente nell'Italia longobarda. La legislazione bizantina si estese con varia larghezza a tutte quelle parti d'Italia che erano soggette al dominio od all'influenza dell'impero d'Oriente: l'Esarcato e la Pentapoli; Napoli, Amalfi e la stessa Venezia (2). A queste leggi bisogna aggiungere il diritto volgare romano, svoltosi, secondo i bisogni pratici dalla coscienza del popolo, così da completare e da modificare il diritto scritto; e l'elaborazione scientifica (3) e giudiziaria che facendo talora prevalere la giustizia intrinseca constatata dal giudice, al diritto positivo (4), non meno modificava quest'ultimo in modo che non potesse conservare la propria uniformità.

Il diritto romano dunque anche nel suo sviluppo spontaneo, puro da ogni ingerenza delle sovranità barbariche, perdeva necessariamente nei varii dominii di queste la sua uniforme identità. Era dovunque il medesimo diritto conservato rispetto ai Romani dallo stesso ordine di tradizioni e di considerazioni legislative, ma le circostanze diverse in mezzo alle quali nei varii paesi sopravviveva e si sviluppava, rendevano possibile una certa somma di divergenze nelle particolarità della sua estrinsecazione positiva.

Un'altra serie di disformità fra un paese e l'altro derivavano al diritto romano dalle elaborazioni e codificazioni barbariche, o *leges Romanae* dei Barbari. Così presso i Visigoti la difficoltà di utilizzare tutte le fonti e la inadattabilità di una parte di queste alle condizioni dei Romani appartenenti al dominio visigoto, indusse Alarico II a far compilare per loro uso quella *lex Romana Visigothorum*, durata in vigore come diritto personale per oltre un secolo e mezzo, finchè cioè Receswindo non ebbe proclamata la territorialità del diritto barbarico (5). Tale diritto romano particolare, necessariamente doveva presentare qualche carattere d'individualità. Esso doveva, sia pure in tenui proporzioni, risultare diverso da quello praticato presso gli Ostrogoti

(1) Karlowa, Op. cit., vol. I, pag. 953.
(2) Schupfer, Op. cit., pag. 16-23.
(3) Liutprando, imponendo agli scribi di attenersi o al diritto longobardo o a quello romano, ordinava loro, quando non conoscessero quest'ultima legge, di interrogare altri che ve li istruissero. V. *Leges Langobardicae*, Liutprandi, lib. VI, XXXVII.
(4) Schupfer, Op. cit., pag. 23, 4, 111, 125.
(5) Mayer, Op. cit., vol. I, pag. 92, 3; Karlowa, vol. cit., pag. 950, 1.

in parte codificato come diritto territoriale applicabile ai Goti ed ai Romani, in parte non codificato ed applicabile ai soli Romani dalla magistratura che nelle controversie fra loro e i Goti doveva modificarlo coll'equità. E doveva pur differire da quello dei Borgognoni che pure avevano raccolto dalle varie fonti il diritto applicabile ai rapporti dei Romani fra loro.

Che il diritto e la legge romana fossero rispettati dai dominatori barbarici anche in Italia è dunque fuori d'ogni dubbio; e che così fosse ammettevano rispetto ad alcune regioni d'Italia, anche coloro che negavano il rispetto dei Longobardi al preesistente diritto romano negli stessi rapporti degli indigeni (1). Quel diritto personale romano non si mantenne però nè poteva mantenersi rispetto a tutti i campi dell'attività umana. Durò sopratutto in quelle parti di tale attività che riguardavano il diritto privato, e, con limitazioni, in quelle relative al diritto penale; escluso dai rapporti connessi coll'esistenza dello Stato e dei suoi supremi interessi. Ma anche nei limiti della sua applicazione, se era identico il concetto legislativo che lo ammetteva e la tendenza che lo ispirava, non era dovunque, durante il periodo barbarico, perfettamente identica la serie di norme che, tratta dai brevi riassunti usati dai legisti, ed integrata dal senno e dall'equità dei giudici (2), veniva applicata come diritto romano.

78. — In tale sistema di diritti personali, nel quale concorrevano o due od un numero maggiore di leggi nazionali, il regolamento dei rapporti giuridici risultava scevro da qualsiasi incertezza ogni qual volta si trattava di relazioni fra individui della medesima categoria etnica e legislativa (3). In tal caso nessun dubbio poteva sorgere circa l'applicazione del diritto personale delle parti. Il conflitto fra le varie leggi presentavasi nei casi misti, quando cioè il rapporto giuridico intercedeva fra individui appartenenti a schiatte diverse. In tal caso il rapporto ed il conflitto di leggi che vi corrispondeva era singolarmente analogo ai rapporti ed ai conflitti di diritto internazionale privato. Nell'uno e nell'altro caso si tratta di scegliere fra due o più leggi nazionali diverse che potrebbero governare una persona o reggere un rapporto di diritto; nell'uno e nell'altro caso la scelta fra

(1) Senckenbergius, *Dissertatio de receptione juris romani in Italia*, § 14, nei *Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia*, Pisis, Pizzorno, 1770, t. VI, pag. 204-6; Trevisani, l. c., pag. 50, 71, 84.

(2) Muratori, *Dissertaz.*, XXII, pag. 329.

(3) *Lex Burgundionum*, tit. XXII e LV.

quelle varie leggi è ispirata e diretta da un criterio intimo di competenza, dalla considerazione cioè del nesso esistente fra la persona od il rapporto da una parte e la regola di diritto dall'altra. La differenza fra i due casi sta nel dominio rispettivo di quelle norme di diritto, e nel campo d'azione nel quale è contenuta la possibilità della loro estensione, della loro concorrenza e della loro scelta.

Nel caso del diritto internazionale privato trattasi di leggi territoriali delle quali non è limitato l'impero nel territorio soggetto al legislatore, ma delle quali, secondo quei criterii di competenza, si tratta di determinare il grado di espansività estraterritoriale che permetta loro di seguire colla loro norma le persone ed i rapporti giuridici anche fuori del territorio di origine. Nel sistema delle leggi personali trattavasi di *più* leggi diverse l'una dall'altra che imperavano egualmente nel *medesimo* territorio sulle *varie schiatte* di abitatori; e fra quelle leggi si trattava di determinare quale dovesse avere la prevalenza quando, nell'interno di quel territorio, individui di diversa schiatta e quindi di varia legge, si fossero trovati in rapporto giuridico. Nel caso del diritto internazionale privato, perchè l'applicazione delle leggi diverse *territoriali* avvenga senza incertezze e conflitti insolubili, è necessario che più sovranità indipendenti siano d'accordo nel determinare e nell'ammettere il grado di espansività estraterritoriale delle leggi rispettive. Nel sistema della personalità delle leggi, perchè quelle incertezze siano eliminate ed esclusa ogni possibilità di conflitto, bastava che la sovranità territoriale, alla quale tutte quelle genti appartenevano come sudditi e cui tutte quelle leggi di diritto privato erano subordinate, determinasse od accogliesse, nel pieno arbitrio del suo diritto pubblico interno, una serie di norme di competenza per l'applicazione della legge nei rapporti misti sôrti nel suo territorio. L'analogia fra il sistema delle leggi personali e il diritto internazionale privato, sta nell'indole dei conflitti e nei criterii della loro risoluzione; la diversità sta nel campo e nel modo di svolgersi così del conflitto come delle norme dirette ad eliminarlo; poichè trattasi nel primo caso di conflitti di leggi senza una base territoriale.

Il concetto direttivo stava nella applicazione della legge personale, e nella scelta fra le leggi personali in collisione, di quella propria della persona prevalente nel rapporto giuridico (1). Ma non dovunque nè sempre a quel concetto si uniformarono la legge e la pratica

(1) *Sistema causale*, v. pag. 101, 188, 9.

quando trattavasi di rapporti misti. Talora la prevalenza era data in quelli, o sostanzialmente soltanto od anche formalmente, al diritto romano. Così avveniva nel primo modo nel regno degli Ostrogoti per tutte le materie contenute nell'Editto, e nel secondo modo per le leggi penali romane trattatevi come diritto territoriale. E per quanto si riferisce agli altri rapporti privati fra Goti e Romani, seppur non è certo che vi si applicasse la legge romana (1), indicata, del resto, dal fatto che nei litigi misti il *comes Gothorum* doveva farsi assistere da un giureconsulto romano, è pur certo che non vi si applicava il puro diritto barbarico (2); in quanto alle controversie fra Goti e Romani dovevasi provvedere *aequabili ratione*, cioè con un temperamento del diritto romano e di quello barbarico.

Talora i rapporti misti erano regolati col diritto barbarico. E questo era talora il diritto barbarico puro antecedente alla conquista, com'avveniva originariamente presso i Longobardi (3). Poteva invece trattarsi di un diritto posteriormente elaborato con intento di ordinamento territoriale di certi rapporti, come avvenne nell'impero franco (4). O i rapporti misti erano regolati da una legge che non era nè sempre quella romana, nè sempre quella barbarica, ma non era nemmeno l'una o l'altra a vicenda secondo era romana o barbarica la persona principale del rapporto giuridico. In tal caso quei rapporti misti erano regolati da un diritto speciale territoriale indicato espressamente per governarli, barbarico nella fonte ma analogo singolarmente per l'intento che lo ispirava, al diritto delle genti romano. Tale era il caso presso i Borgognoni (5). Quando la controversia era fra Borgognone e Romano e questo era attore, la decisione doveva darsi secondo il diritto dei Borgognoni in omaggio al principio della personalità della legge; quando era convenuto un Romano doveva applicarsi egual-

(1) Schupfer, *Storia*, pag. 28, 9.
(2) Karlowa, vol. I, pag. 947, 8.
(3) Schupfer, l. c., pag. 11.
(4) *Leges Langobardicae*, Pipini Italiae Regis Leges, XLVI: " De ceteris vero causis Communi Lege vivant quam Dominus Carolus excellentissimus Rex Francorum atque Longobardorum in Edicta adjunxit ".
(5) " Omnes itaque administrantes judicia secundum leges nostras, quae communi tractatu compositae et emendatae sunt inter Burgundionem et Romanum praesenti tempore judicare debebunt ". V. Prologo della *Lex Burgundionum*, laddove ai rapporti di Romani fra loro è riservata l'applicazione della legge romana "... Inter Romanos vero, interdicto simili conditione venalitatis crimine sicut a parentibus nostris statutum est, Romanis legibus praecipimus judicari ".

mente il diritto borgognone per applicazione della norma d'eccezionale territorialità stabilita per i rapporti misti.

79. — Quando una di tali leggi non governasse eccezionalmente, nel senso di una assoluta o relativa territorialità parziale, il regolamento dei rapporti misti, questi implicavano l'applicazione delle leggi personali. Prevalevano rispettivamente i diritti personali delle varie parti in quanto queste si consideravano nella loro attitudine a formare il rapporto giuridico e prima di averlo formato. Dopo la formazione di questo prevaleva invece la legge di quella fra le varie persone interessate che era il centro del rapporto giuridico stesso. Così era secondo il diritto personale rispettivo che doveva constatarsi la capacità ad obbligarsi, a trasmettere, a ricevere ed a contrarre matrimonio. Costituita la famiglia, il diritto del suo capo diventava anche quello della moglie e dei figli, e lo stesso stato personale di questi e di quella (1) si connetteva come una dipendenza colla legge del capo della famiglia. Così nelle successioni tutto s'incentrava nella persona del defunto, e la legge di questo era pertanto ritenuta regolatrice, a preferenza delle leggi d'ogni altra persona interessata nella successione (2), nei riguardi tanto della successione intestata quanto di quella testamentaria e delle donazioni in causa di morte (3). La stessa legge personale regolava così la sostanza (4) come la forma degli atti e dei contratti (5), rispetto alla quale era quasi del tutto ignota la regola *locus regit actum*, che è una delle più stabilmente accolte dal diritto internazionale moderno. La legge del proprietario regolava pure le solennità necessarie al trasferimento degli immobili (6). Gli stessi testimonii si sceglievano, quando era possibile, nella nazione cui appartenevano i contraenti (7). Quelle stesse forme, ora essenzialmente territoriali, che completano, specialmente nei riguardi dei terzi, la validità del trasferimento di una cosa immobile, soggiacevano, nella loro esistenza e nel loro modo, alla legge per-

(1) V. pag. 211, 2.

(2) *Pipini Italiae Regis Leges*, 46: " Sicut consuetudo nostra est, Langobardus aut Romanus, si evenerit quod caussam inter se habeant, observamus ut Romani successiones juxta illorum legem habeant. — Et alii homines ad alios similiter — „.

(3) V. per le eccezioni a questa norma pag. 222, n. 4, e 228, n. 2.

(4) Eichhorn, Op. cit., vol. I, pag. 274.

(5) Pipino, loc. cit.: " Similiter et omnes scriptiones secundum legem faciant „.

(6) Muratori, Op. cit., vol. cit., pag. 338, 7.

(7) Muratori, Op. cit., pag. 339, 340, 1.

sonale del disponente (1). Così era della prescrizione trentennale che poteva invocarsi da ogni convenuto quando quell'istituto esistesse secondo la sua legge personale.

Fra le diverse leggi delle persone che partecipavano ad un contratto, varii erano i criterii cui si poteva ricorrere per determinare quella cui doveva darsi la preferenza. Anche in tal caso si seguiva il principio che dava la preferenza alla legge di quella ch'era la parte principale o il centro del rapporto giuridico. Quando trattavasi di trasferimento d'immobili quel principio era la conseguenza della regola che sottoponeva in tutto gli immobili alla legge personale del proprietario; quando trattavasi di semplici rapporti obbligatorii risultava dalla necessità delle cose e dal precedente principio causale del diritto ellenico e del diritto romano (2). Per l'uno o per l'altro motivo, in tali rapporti misti obbligatorii è una sola parte che agisce come disponente; sicchè quantunque l'atto sia di sua natura bilaterale (3), la forma ne è quella di un atto unilaterale, regolato in tutto dalla legge del disponente. Un certo campo era lasciato però sempre all'autonomia individuale, che tanta parte aveva avuta e tanta doveva averne posteriormente nel regolare le private convenzioni, permettendo alle parti di scostarsi dal diritto rispettivo nelle contrattazioni (4), quando entrambe fossero d'accordo circa la massima e la proporzione del *subdiscendere de lege sua*.

Di questa influenza della legge personale si risentiva anche l'ordinamento giudiziario; non solo dove nelle liti fra uomini della stessa stirpe, alla nazionalità delle parti corrispondeva quella del giudice, ma anche dove le parti fossero state di nazionalità diversa, il giudizio si componeva di giudici delle due nazionalità, formando così quei giudizii *de medietate linguae*, che, nei rapporti interessanti stranieri, durarono in qualche paese fino al nostro secolo. E la stessa nazionalità faceva sentire i proprii effetti anche nelle regole della procedura. Il convenuto doveva rispondere secondo il proprio diritto per-

(1) Eichohrn, Op. cit., vol. I, pag. 274.
(2) V. pag. 101, 188, 9.
(3) Padelletti, l. c., pag. 443, 4.
(4) Così Liutprando, *Leg.*, lib. VI, 37: " Et si unusquisque de lege sua descendere voluerit et pactiones atque conventiones inter se fecerint et ambae partes consenserint, istud non reputetur contra legem quod ambae partes voluntariae faciunt: et illi qui tales cartas scripserint, culpabiles non inveniantur esse ".

sonale; con questo si calcolavano i termini, si prestava il giuramento (1) e si assumevano le testimonianze. Così si procedeva non meno in Italia (2) che in Germania (3), tanto da poterla ritenere nelle controversie di ordine privato una regola generale (4). Anche nella procedura dunque, il conflitto era eliminato da regole precise circa la scelta della legge, da cui derivava che la norma regolatrice del rapporto, o della prova o della difesa, fosse chiaramente indicata anche nei rapporti misti dal diritto vigente nel paese.

Conflitti difficilmente solubili si presentavano quando si fosse trattato di azione e di riconvenzione (5), benchè in tal caso sia ragionevole supporre che l'attore originario dovesse piegarsi alla legge dell'originario convenuto senza potergli opporre alla propria volta la propria legge come convenuto in quanto si riferiva all'azione riconvenzionale. Così decide anche la giurisprudenza moderna quando respinge le eccezioni sollevate in causa civile da un diplomatico attore che poi della propria qualità diplomatica voglia valersi come di un titolo di eccezione contro l'azione riconvenzionale del suo convenuto. Quando l'azione fosse stata diretta contro più convenuti di nazione diversa, poteva sorgere una confusione da ciò che ogni convenuto aveva facoltà secondo la norma imperante di sostenere le proprie ragioni colla legge rispettiva. Sorgeva allora una condizione analoga a quella che ora si manifesta nei paesi di capitolazioni e che sopratutto manifestavasi in Egitto prima della istituzione dei tribunali misti, condizione irta di difficoltà e di ritardi del pari contrarii alla giustizia. Però nel diritto medioevale questa confusione era più che altro teorica, perchè spesso i varii diritti barbarici presentavano fra loro una così stretta analogia, da unificare praticamente il regolamento dei rapporti e dei litigi anche apparentemente più complessi.

Negli stessi giudizii penali, in quanto il diritto penale non fosse passato ancora allo stato di legge territoriale eguale per tutti gli abitanti, era pur decisiva la legge del reo tanto nei paesi dove i Germani si trovavano a contatto coi Romani, quanto in quelli dove trovavansi

(1) Pipino, *Leg.* cit.: " Et quando jurant juxta legem suam jurent ".

(2) Schupfer, *Storia*, pag. 12.

(3) Ognuno deve rispondere secondo il suo diritto e non secondo il diritto dell'attore. Sachsenspiegel, III, 33; Pipino, *Leg.* cit., 29: " De statu vero ingenuitatis aut de aliis querelis, unusquisque secundum suam legem semetipsum defendat ".

(4) Eichhorn, vol. I, pag. 273 e Salvioli, l. c., pag. 407, 8.

(5) Gaupp, Op. cit., pag. 232.

mescolati cogli Slavi (1). Un'eccezione necessaria a questa regola era nella multa e nella sua misura. Trattavasi in questo caso di un elemento inscindibile dalla persona dell'offeso; l'atto dell'offensore vi dava occasione, ma il diritto dell'offeso la determinava; era come una parte della sua integrità personale e del presidio che la legge le attribuiva. Perciò al querelante spettava la multa che la sua legge e non già quella del querelato gli concedeva (2). Ciò implicava necessariamente una certa territorialità di diritto imposta ai Romani, poichè in quanto il diritto romano non disponeva, la multa cui soggiaceva un barbaro uccisore o feritore di un romano non poteva essere se non quella riconosciuta ed attribuita ai Romani dalla legge barbarica (3). In ogni altro rapporto il reo doveva difendersi secondo il proprio diritto (4), finchè, a cominciare dal nono secolo non andò prevalendo in questa materia la legge del luogo ov'era stato commesso il delitto.

Tanto quella regola quanto quella eccezione valevano non solo per l'Italia rispetto alla quale erano entrambe stabilite dal citato capitolare di Pipino, ma anche per tutto l'impero franco, poichè le disposizioni citate come contrarie al pagamento della multa secondo il diritto del querelante, non si riferiscono alla composizione, bensì alle prove ed alla procedura (5) rispetto alle quali, in Italia come altrove, si doveva pur sempre seguire il diritto del reo. Che se quella disposizione si riferisse anche alla multa, ne risulterebbe, rispetto ai paesi dove imperava, un'applicazione del tutto piena del sistema della personalità delle leggi. La quale in molte delle sue applicazioni, come in una certa analogia se non di cause, di criterii, si ricollega alle norme che circa l'applicazione della legge erano venute svolgendosi nel diritto ellenistico e nel diritto provinciale romano.

80. — In tanta varietà di diritti personali la confusione era anche

(1) Gaupp, pag. 231, n. 1, v. l'ordinanza del duca Enrico I di Slesia circa i giudizii penali fra tedeschi e polacchi.

(2) Pipino, *Leg.* cit., 28: " De diversis generationibus hominum qui in Italia commanent, volumus ut ubicumque culpa contigerit unde *fayda* crescere potest, pro satisfactione hominis illius contra quem culpaverit, secundum legem ipsius cui negligentiam commiserit, emendet ".

(3) Eichhorn, vol. I, pag. 272 e nota *w*, e Brunner, pag. 261 e n. 10, sulla più larga applicazione fatta in Italia del diritto del danneggiato.

(4) Brunner, *Storia* cit., pag. 262 e n. 12.

(5) *Lex Ripuariorum*, tit. XXXI, *De homine ingenuo repraesentando*, 4: " Quodsi damnatus fuerit, secundum legem propriam non secundum Ripuariam damnum sustineat ".

eliminata dalla professione di legge, la quale, fatta nel principio dei processi e nei contratti, forniva un criterio sicuro circa la competenza nel primo caso, ed in entrambi circa l'applicazione della legge. In tal guisa poteva risultare chiaramente a quale delle varie leggi ciascuna persona aderisse; nè era in potere d'alcuno l'ingannare il prossimo colla mutazione della legge, poichè ciascuno era tenuto a pubblicamente professare in ogni occasione la legge propria (1). Tale professione, corrispondendo alla necessità di eliminare le incertezze, doveva svilupparsi e durare in una condizione di cose atta a generare simili incertezze e svanire con quella; doveva essere superflua dove le popolazioni diverse vivevano a masse compatte nelle varie regioni del medesimo territorio, o dove due sole genti vivevano l'una accanto all'altra con indizii evidenti della loro diversità; e doveva invece diventare di uso necessario quando (2), come in Italia ed in Germania sotto il dominio franco, le genti che abitavano il medesimo territorio erano diverse e il trascorrere del tempo faceva scomparire fra loro le diversità evidenti delle costumanze, dei nomi e del linguaggio. In tali circostanze la professione di legge diventava necessaria in molti dei territorii italiani e nelle terre di confine della Germania dov'era maggiore la mescolanza dei Tedeschi di varie schiatte o di Tedeschi e Slavi (3); ed anche in Germania come in Italia un gran fattore del loro sviluppo fu la migrante schiatta dei Franchi.

Nella professione di legge si riscontrano due forme. O si accenna soltanto alla nazione cui l'individuo appartiene e cui corrisponde con implicita certezza l'indicazione della sua legge, e si aggiunge semplicemente al nome delle parti *ex genere Francorum*, *ex genere Alamannorum*, ecc. Oppure si accenna direttamente alla legge secondo la quale vive l'individuo per effetto della sua nazione, aggiungendo al nome della parte *legem vivens Romanam*, *legibus vivens Alamannorum*, oppure « qui professus sum *hac* lege vivere »; « profitentes se juri Francorum cum progenitoribus suis addictos », ecc. ecc. Son però tutte differenze di forma che non hanno una importanza sostanziale; nel primo caso risulta la legge dall'indicazione della nazione; nel secondo questa risulta indicata dall'enunciazione della legge. E può ritenersi che quest'ultima forma corrispondesse più che la prima

(1) Muratori, *Dissertaz.* XXII, pag. 335.
(2) Muratori, pag. 335-7 e Gaupp, pag. 243 e 256, 7.
(3) Gaupp, pag. 256, 7, 8, 9.

al secondo periodo della personalità delle leggi perciò che allora, se le varie schiatte continuavano a vivere secondo il diritto rispettivo, questo, nella fusione di coltura, di usi e di linguaggio che s'andava operando, restava l'ultimo elemento sopravvivente della loro originaria nazionalità.

La professione non era una dichiarazione che si facesse una volta per sempre e che, trascritta in un pubblico registro, servisse successivamente per chi l'aveva fatta (1), come potrebbe far supporre il tempo passato (*professus sum*) usato in molti casi. Essa era invece, tanto in Italia quanto in Germania (2), una dichiarazione fatta di volta in volta e ripetuta nelle singole circostanze particolari in cui poteva essere necessario accertare la nazione o la legge di una o più persone. Tale dichiarazione, per essere ripetuta un numero indeterminato di volte secondo se ne presentava l'occasione, non cessava perciò d'essere identica, essendo non già una elezione ma una semplice constatazione di un fatto non dipendente dalla volontà.

Prima di essere dunque una obbligazione sancita dalla consuetudine, la professione di legge fu un uso imposto dalla necessità; ed una disposizione di legge fu necessaria per introdurla in quei paesi dove per lungo tempo, dopo il formarsi nei territorii vicini dei varii diritti barbarici, una sola legge aveva continuato a dominare su tutti gli abitanti come diritto territoriale. Tale fu il caso di quelle parti dell'Italia media, che, o non erano state mai, o solo temporaneamente, furono assoggettate dai Longobardi, e dove di fronte al vigore territoriale del diritto romano, l'applicazione dei diritti degli stranieri stabilitivisi dopo la ricostituzione dell'impero doveva creare molta confusione ed incontrare molte difficoltà (3). Da ciò la necessità di una disposizione speciale che fu contenuta nella *Constitutio Romana* di Lotario I dell'824, e che ammette come un caso eccezionale quella professione di legge fatta indipendentemente da una particolare necessità e da uno speciale rapporto giuridico (4), che, secondo il

(1) Savigny, *Storia*, vol, I, § 41, ediz. cit., pag. 108.

(2) Gaupp, pag. 242-7 e 256, 7.

(3) Padelletti, l. c., pag. 434, 5; Gregorovius, *Geschichte der Stadt Rom.*, Bd. III, pag. 64, 5. Stuttgart, Cotta, 1860.

(4) Lotharii I, *Leges*, XXVII: " Volumus ut cunctus populus Romanus interrogetur, quali lege vult vivere, ut tali lege quali vivere professi sunt, vivant. Illisque denuntietur ut hoc unusquisque tam judices quam Duces, vel reliquus populus sciat. Quod si offensionem contra eandem legem fecerint, eidem legi, qua profitentur vivere per dispensationem pontificis ac nostram subjaceant ".

Savigny, avrebbe dovuto essere la regola dovunque imperava il sistema della personalità del diritto. Per ciò quell'ordinamento della personalità della legge apparisce eccezionale per due rispetti: perchè in un dato momento era imposta a tutti gli abitanti d'un territorio una professione di legge mentre d'ordinario questa facevasi da ciascun individuo soltanto nelle varie contingenze della vita in cui tale dichiarazione era necessaria; e perchè nella dichiarazione stessa era lasciata a ciascuno una certa libertà di elezione, imponendogli di dichiarare *qua lege vult vivere*, mentre d'ordinario si aveva l'obbligo altrove di dichiarare non già la legge *che si voleva* ma quella *che si doveva* seguire come legge della propria gente, e che soltanto una specie di naturalizzazione (1) permetteva di mutare.

81. — Il carattere originario e distintivo della professione di legge non era dunque quello di una libera scelta simile a quella permessa attualmente in alcune colonie europee dell'estremo Oriente, ma bensì quello di un atto di notorietà che aveva lo scopo di accertare la legge che doveva applicarsi (2). Nè questo principio vien meno nei casi in cui uno si naturalizza presso una gente diversa da quella cui appartiene per effetto della origine. In tal caso infatti il mutamento non avviene soltanto per libera elezione dell'individuo, ma anche per concessione e per adozione della sovrana autorità; e il cambiamento della legge risulta come una conseguenza da quello della nazionalità; sicchè ne vien confermato il principio che la legge regolante i rapporti privati, non era originariamente che una conseguenza necessaria della pertinenza nazionale dell'individuo (3).

(1) Così si può spiegare, come una conseguenza della naturalizzazione la condizione cui accenna il passo della Legge salica, tit. 43, cap. I, parlando dell' " homo barbarus qui lege salica vivit ".

(2) SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, vol. I, § 43, ediz. cit., pag. 109, 110; PERTILE, l. c., pag. 163, 4; PADELLETTI, l. c., pag. 437-9; SALVIOLI, l. c., pag. 397, 8 e 409; EICHHORN, Op. cit., vol. I, pag. 276; THIERRY, *Considerazioni* cit., pag. 69-73. V. anche nelle più recenti professioni germaniche (ap. GAUPP, pag. 259-261) " ..... possedissent ab antiquis temporibus jure et consuetudine Francorum..... "; " Dicunt itaque se Francones esse, et ideo sortiti sunt jus Francorum... "; " se juri Francorum cum progenitoribus suis addictos... ", e in GAUPP, pag. 210: la conciliazione di questo principio colla dichiarazione fatta in quest'ultimo caso da un fratello d'essere di nazione diversa da quella degli altri due.

(3) Così l'adozione della cittadinanza romana aveva tutta la solennità ed il carattere sostanziale di una naturalizzazione ottenuta dall'arbitrio dell'imperatore. V. la formula *Qualiter Romanus fieri debet* nello SCHUPFER, Op. cit., pag. 148.

Sola eccezione completa all'applicazione di questo principio, fu quella del clero che poteva (1) sostituire per quanto lo riguardava la legge romana a quella barbarica originaria. A questa eccezione che si riferiva a tutto lo stato della persona, se ne aggiunsero altre di parziali, che lasciando inalterato il regolamento nazionale di quello stato, ne modificava le applicazioni ai varii rapporti giuridici (2) permettendo alle parti di modificare il regolamento che sarebbe risultato alle contrattazioni dalla loro legge rispettiva, e promuovendo così l'origine di nuovi istituti giuridici (3) a mano a mano che le deviazioni dalla legge nazionale suggerite dalla opportunità, si andavano trasformando in consuetudine. Ma anche questa facoltà, se porta un temperamento alla personalità delle leggi, in una parte del rigore delle sue applicazioni, non può ancora confondersi colla libera elezione del diritto accordata alle parti contraenti. Infatti il *subdiscendere de lege sua* era limitato a rapporti contrattuali, per se stessi naturalmente soggetti alla volontà e di importanza secondaria, mentre era ribadito l'impero assoluto delle rispettive leggi nazionali nelle successioni ed in ogni altro rapporto non compreso in quella esplicita eccezione (4).

Più tardi si va facendo strada a poco a poco una facoltà di mutare la legge, che non discende in modo generico come una conseguenza dalla naturalizzazione delle parti, nè è limitata a pochi e secondarii rapporti giuridici, ma nella possibilità di verificarsi in ogni occasione della vita indipendentemente da altri fatti di cui sia la conseguenza, e nella sua applicabilità ad ogni ordine di rapporti, apparisce come l'effetto d'un impero assoluto acquistato dalla libera volontà delle parti nell'indicazione della legge prevalente sul loro stato personale e sui loro rapporti. Allora si trovano professioni di legge diversa dalla nazione cui appartengono le parti; e degli stessi individui si hanno varie professioni di leggi successivamente diverse, che non si possono spiegare, come fa il Padelletti, sostenendo che una debba essere sbagliata e che debba

(1) V. pag. 207, 8.

(2) *Leges Liutprandi*, lib. VI, 37: v. pag. 214 e n. 3 e *Lex Burgund.*, tit. 60, cap. 1: "... si quis post haec Barbarus vel testari voluerit vel donare, aut Romanam consuetudinem aut barbaricam esse servandam sciat... „.

(3) Eichhorn, Op. cit., vol. I, pag. 277, 8.

(4) Liutpr., l. c.: " Nam quod ad hereditatem pertinet, per legem scribant, ecc. ... „; L. 37: " De scribis hoc prospeximus ut..... contra legem longobardorum et romanorum non scribant. Quod si nesciverunt, interrogent alios. Et si non potuerint ipsas leges plene scire, non scribant ipsas cartas „.

imputarsene la diversità ad una svista od errore di notaio (1). E quantunque alcuni degli esempii addotti dal Muratori (2) non si possano spiegare nel senso della libera elezione della legge (3), pure è indubitato che la professione *ex natione sua* a poco a poco diventò una formula cui non corrispondeva la realtà e che la legge si poteva scegliere (4), come lo prova la formula *se velle vivere ipsa lege* che nel sistema originario della personalità delle leggi sarebbe stata priva di senso. Che poi le parti diventassero poco a poco libere non solo di scegliere una legge diversa da quella originaria, ma anche di non attenersi sempre alla legge che una volta avevano scelta, è provato dalla formula *in hoc casu... super hoc... profitens se super hoc vivere lege...* che trovasi nei patti dotali e nelle vendite del 1200 (5), dal contemperarsi nei medesimi rapporti giuridici in un regolamento misto delle norme del diritto longobardo con quelle del diritto romano (6), e dal ricordo di due matrimonii successivi d'uno stesso uomo, fatti, l'uno secondo il diritto longobardo e l'altro secondo quello romano (7).

La *elezione* della legge sostituivasi alla sua *professione* secondo la nazionalità. Ciò non può mettersi in dubbio, ma corrisponde al periodo durante il quale la personalità delle leggi andava declinando verso la territorialità. Da un lato alla libera elezione non si opponevano più gli ostacoli di un tempo, perchè le popolazioni erano venute fondendo ed assimilando i varii elementi che le componevano, sicchè le varie leggi di questi erano ormai un'eredità storica piuttosto che una diversità corrispondente ad attuali condizioni e necessità. Dall'altro lato quella libera elezione non aveva più l'importanza e non produceva più le conseguenze che un tempo avrebbe prodotto, perchè statuti, leggi municipali ed ordinamenti locali (8) andavano a poco a poco instaurando nei varii comuni e dominii, un sistema di leggi territoriali, così da togliere alla professione di legge gran parte della sua importanza.

(1) Padelletti, l. c., p. 447, 8.
(2) *Dissertaz.* XXII, pag. 345, 6.
(3) V. pag. 205, 6.
(4) Schupfer, Op. cit., pag. 148, 149, 150.
(5) Zdekauer, *La confessione di legge nei patti dotali di Firenze*, pag. 234, 5, 9, della *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. III, fasc. II, 1887.
(6) Zdekauer, l. c., pag. 236.
(7) Zdekauer, pag. 240.
(8) Salvioli, l. c., pag. 410, 1.

Il modificarsi della professione di legge corrisponde dunque al modificarsi del sistema che fu detto della personalità del diritto. Da prima le varie schiatte stanno l'una accanto all'altra conservando il rispettivo diritto nazionale; e questo, risultante per ciascuna da un fatto che la volontà non poteva d'ordinario modificare, regolava la persona in tutti quanti i suoi rapporti giuridici. Più tardi la fusione degli abitanti, e lo sviluppo della legislazione obbligatoria per tutti i sudditi nei varii paesi, diminuì sempre più la ragione di sussistere delle leggi personali, e sempre più ne attenuò le conseguenze. In questa condizione di cose era naturale che si consentisse anche agli individui di modificare a vicenda, in quanto li riguardava, quella particolarità di leggi che la sovranità andava pur modificando colla nuova legislazione rispetto a tutti i suoi sudditi. Allora ciascuno fu libero di professare, fra i diritti personali vigenti nel suo paese, quello che nel caso particolare gli pareva più opportuno; ma la condizione ormai quasi omogenea delle popolazioni, e quella semi-territoriale del diritto positivo, toglievano a quell'atto di volontà quasi tutta la sua importanza. Allora le professioni andarono in disuso poichè mancava lo scopo della loro esistenza, e venìa meno tutto il sistema di leggi e di rapporti che avea dato loro nascimento.

82. — Da tutto ciò risulta assai chiaramente la verità di quanto fu detto da principio circa il carattere storico e la sorte della personalità delle leggi. Essa nasce dalla convivenza di popolazioni appartenenti a razze ed a colture del tutto diverse, e si mantiene finchè la fusione di quei varii elementi non faccia venir meno il substrato stesso della sua esistenza. Quando la fusione accennò a compiersi rapidamente mediante il prevalere della coltura romana, si vide il sistema di diritto degli Ostrogoti avvicinarsi alla territorialità di una legge informata sopratutto a principii romani; quando la fusione accennò a compiersi mediante un contemperarsi dei due elementi, si ebbe una legislazione territoriale comune che, come quella dei Visigoti, risentiva l'influenza di entrambi. Nuove mescolanze di popolazione risospinsero a vicenda l'Italia e la Spagna, nel sistema della personalità, e da questa l'una e l'altra si allontanarono di bel nuovo quando vi prevalse uno dei nuovi o dei vecchi elementi. Attribuire l'estinzione della personalità delle leggi alla feudalità non è esatto, perchè, dovunque quella prevalse, pur sussistette un numero di uomini e di comuni perfettamente liberi che non soggiacevano ad alcun vincolo feudale; sicchè il diritto privato, cui essi soggiacevano nei territorii rispettivi, non

era più un diritto personale e nel tempo stesso non derivava come una conseguenza della feudalità (1). I diritti particolari delle varie signorie, gli statuti, le ordinanze, non sono tanto le cause intrinseche della territorialità delle leggi, quanto modi della sua manifestazione.

La sua vera causa, e l'elemento indispensabile della sua stessa possibilità, è l'assimilazione materiale o morale delle rispettive popolazioni. Ciò dimostra una volta di più quanta importanza abbia il fattore internazionale nella storia della civiltà non solo in quanto riguarda i rapporti fra i popoli, ma anche nella vita di quello che è, ma che non è sempre stato, *un* popolo. La schiavitù ebbe sempre origine nella diversità dei diritti fra cittadini e stranieri. La inferiorità giuridica di certe classi d'un popolo, trovò quasi sempre la giustificazione nello stesso fatto originario, ed incontrò le prime minaccie di abolizione in una fusione che sforzavasi a compiersi e non era ancora compiuta. La diversità personale delle leggi non ha nè diversa origine nè diversa causa di estinzione. Dove la fusione delle razze non si compie, la personalità delle leggi continua così lungamente da parer quasi non già un sistema per se stesso transitorio, ma un tratto caratteristico permanente di una determinata vita nazionale.

Tale fu il caso delle dominazioni maomettane costituite su paesi cristiani durante il medio evo. Gli Spagnuoli sotto il dominio dei Mori non solo conservarono la proprietà del suolo che avevano posseduto prima della conquista e furono tenuti soltanto a pagare oltre all'imposta fondiaria (Kharaj) una moderata tassa personale, ma conservarono una certa autonomia amministrativa, l'uso delle proprie leggi particolari e l'autorità dei proprii giudici (2). Nè sarebbe esatto il dire che tale condizione di cose non possa paragonarsi alla personalità delle leggi perchè in tal caso la causa della diversità di diritto fra gli abitanti non era già la razza ma la religione (3). Anzitutto quando il sistema delle leggi personali fu accolto dagli Arabi di Spagna, alla differenza della fede corrispondeva in quel paese anche quella della razza non meno ed anzi più che nelle altre dominazioni barbariche d'Europa. E la conversione non importava del resto tutti quanti gli effetti della naturalizzazione. È vero che la formula: « Non v'è altro Dio che Dio e Maometto è il suo profeta » bastava a rendere libero lo

(1) Gaupp, Op. cit., pag. 229, 230.

(2) Stanley Lane Poole e Gilman, *The Moors in Spain*, London, Fisher Unwin, 1887, pag. 44-7; Sclopis, *Storia*, vol. I, pag. 68, 9 e n. 3.

(3) Müller Jochmus, Op. cit., pag. 197 e n. 1, 2, 3.

schiavo; ma il convertito, ancorchè libero, non otteneva per solo effetto della sua conversione tutti i diritti e privilegi della razza dominante (1). Nei rapporti fra questa ed i vinti, il concetto della diversità di stirpe non aveva meno importanza di quello della diversità di fede; entrambi diedero nascimento al sistema della personalità delle leggi e lo mantennero. La conversione all'islamismo era un mezzo per la fusione degli abitanti, e per l'instaurazione spontanea della territorialità del diritto; ma appunto perchè la conversione non fu generale fra la popolazione cristiana e le due razze non si confusero, la personalità vi persistette finchè durò il dominio arabo nella penisola.

Analoga fu nell'età moderna la condizione di diritto fra le popolazioni dell'impero turco e d'altre dominazioni musulmane; la personalità delle leggi vi fu sostituita alla territorialità del diritto greco-romano, ed accompagnò quelle signorie durante tutta la loro esistenza. Scomparve completamente colà dove le popolazioni si fusero in un tutto omogeneo; diminuì il suo campo d'applicazione dove una gran parte degli abitanti si confusero, convertendosi, coi dominatori; limitò qua e là col procedere del tempo la sua influenza allo stato della persona ed ai rapporti di famiglia, cedendo il campo alla territorialità nei rapporti penali e commerciali, ma in questi limiti sopravvisse anche allo smembramento dell'impero, e non venne sostituita dalla territorialità se non quando le popolazioni cristiane che scossero il giogo turco eliminarono l'elemento musulmano come in Serbia, o quando la coltura superiore dei nuovi dominatori, come a poco a poco avviene in Algeria ed in Bosnia, tende a produrre una specie di assimilazione morale degli abitanti d'ogni razza e d'ogni fede.

Ed anche la condizione degli Ebrei, nell'Europa medioevale e moderna, presenta, analogo nelle cause e nelle manifestazioni, un caso di personalità di diritto. Dal punto di vista del diritto pubblico essi erano, come i metéci dell'antica Grecia, uomini che avevano perduta una patria senza averne acquistata un'altra. Dal punto di vista del diritto privato essi erano una nazione ed avevano un particolare diritto personale di cui gli ultimi avanzi sussistono ancora, nei riguardi del matrimonio, in alcuni paesi che regolano su base del tutto confessionale la costituzione della famiglia. Ed anche per essi il diritto personale scomparve o, in ogni tempo ed individualmente, al loro confondersi mediante la conversione col resto della popolazione;

(1) Stanley Lane Poole, Op. cit., pag. 49, 50.

o collettivamente nell'epoca contemporanea, quando la coltura comune ebbe prodotta la loro assimilazione intellettuale, ed alla legge non restò che il còmpito di riconoscerla e di sancirla.

Ai tempi nostri in molti possedimenti coloniali quel sistema della personalità delle leggi per cause identiche alle antiche si mantiene o risorge; e vi durerà finchè o i varii elementi eterogenei non si avvicinino abbastanza per generare una certa eguaglianza spirituale, o finchè l'uno non riesca ad eliminare l'altro e ad assicurarvisi un assoluto dominio.

83. — Il movimento verso la territorialità della legge, se ebbe ovunque come causa intima primordiale e come condizione indispensabile la fusione delle razze, fu complesso e diversamente rapido nei varii paesi nelle sue prime manifestazioni e nei fattori che ne affrettarono il compimento. Quando le diversità di diritti non ebbero più in ciascun paese una ragione di sussistenza nella diversità delle razze, l'elezione della legge sospinse un numero sempre maggiore di abitanti d'ogni singolo territorio dalla parte della maggioranza, o da quella della razza che per la forza o per la coltura riusciva dominatrice (1), e secondò così, per spontaneo movimento degli spiriti, quell'assimilazione che anche per altre cause si andava compiendo. Così la complessità delle leggi era attenuata eliminandosi molti diritti personali secondarii, come già prima ne erano stati eliminati dal diritto pubblico stesso di qualche popolo barbarico. Si ridusse pertanto al solo dualismo delle leggi più vitali e più radicate nel paese, la molteplice varietà delle leggi personali. Così in Italia i Longobardi s'erano avvicinati alla territorialità non riconoscendo altre leggi personali che la propria e la romana. I Franchi avevano anche in Italia importata tutta la varietà dei diritti personali professati dalle diverse genti del loro dominio e riconosciute da loro; ma a poco a poco lo spontaneo movimento delle popolazioni e degli spiriti ricondusse di bel nuovo le proporzioni della personalità delle leggi in Italia, a quello che erano state prima che i Franchi la conquistassero. Le leggi personali introdotte da loro: la salica, la ripuaria, la bavara e l'alemanna furono a poco a poco eliminate ed assorbite a vicenda in quella romana e in quella longobarda che continuò a sussistere accanto alla prima anche dopochè le altre leggi popolari aveano finito la loro esistenza.

Un fattore importante del completarsi dell'unità della legge e della

(1) Schupfer, l. c., pag. 145, 151.

sua territorialità fu anche l'unificarsi della magistratura. A questa partecipando giudici appartenenti alle varie schiatte degli abitanti, e da questa dovendo applicarsi la legge rispettiva agli abitanti delle varie origini, ne derivava di necessità che il tribunale dovesse diventare, per le origini sue non meno che per il suo obbiettivo, un fattore dell'unità del diritto. Era naturale che collegi così costituiti per custodire e per applicare la legge, non applicassero talora i diritti personali nella loro purezza ai casi cui pur dovevano applicarsi, ma li combinassero, modificandoli entrambi, e promuovendo così nei territorii rispettivi la uniformità delle norme di diritto. A poco a poco le consuetudini invalse nel territorio della rispettiva sovranità andavano acquistando, senza distinzione di casi, una forza obbligatoria, per i giudici locali. E se a questa si aggiunge la semiterritorialità proclamata da quelle leggi che fin da principio vollero far prevalere il diritto locale ai rapporti misti (1), si vede come la magistratura sia stata in parte notevole fattore ed in parte notevole strumento dell'unificazione del diritto nei singoli territorii.

Promossa pertanto talora da una consuetudine nuova e complessa, talora da un concetto vago ed inesatto della legge che si doveva applicare, talora e più sovente dall'ispirazione dell'equità, veniva compiendosi una mescolanza dei varii diritti che appariva sempre più evidente in alcuni degli istituti rispettivi. Così avveniva che, anche vincendo sull'altro, uno dei due diritti personali non vincesse nella sua purezza originaria, ma conservando in qualche parte le traccie di quello che aveva respinto nell'ombra. Non pochi diritti germanici accolgono così, oltrechè per adozione esplicita di legislatori, anche per effetto della giurisprudenza, principii del diritto romano, e non pochi istituti di diritto romano risentono a poco a poco l'influenza germanica. Il mundio ammesso da una legge longobarda (2) anche nel caso che un romano sposasse una longobarda, quantunque fosse ignoto al diritto romano; ed il matrimonio celebrato in Italia con applicazione parziale della legge longobarda e della legge romana (3) sono esempii di questa mescolanza di diritti. Così una legge di Liutprando (4) ed una borgognona (5)

(1) V. pag. 213, 214.
(2) Liutprando, lib. VI, L. 74.
(3) Zdekauer, l. c., pag. 236.
(4) Liutprandi *Leges*, lib. VI, XXXVII.
(5) *Lex Burgundionum*, tit. LX, *De adhibendis donationum testimoniis:* " ... si quis posthaec Barbarus vel testari voluerit vel donare, aut Roma-

relativa alle donazioni ed agli atti di ultima volontà permettevano di redigere gli atti secondo l'uno o l'altro diritto, sicchè un atto redatto fra due romani nelle forme longobarde era pienamente valido. Nella legge dei Borgognoni (1) è esteso anche ai Romani quel giuramento di purificazione coll'assistenza dei congiunti che pure era estraneo al loro diritto; e qua e là aumentano i casi nei quali, sia limitatamente ai rapporti misti (2), sia anche in quelli fra uomini della stessa origine, una gente trasfondeva, nel diritto di un'altra gente, elementi del proprio diritto (3).

Così la coscienza dei varii popoli diventava sempre più matura per un sistema di leggi territoriali, e leggi territoriali sempre più numerose andavano a poco a poco unificando il diritto. Molte leggi nuove erano emanate con carattere d'obbligazione comune a tutti i sudditi; ma a conferire lo stesso carattere d'obbligatorietà comune e di territorialità a molte leggi vecchie originariamente personali e proprie del solo popolo dominante, contribuiva l'indole dei rapporti cui si riferivano od il carattere che andava assumendo la sovranità. L'indole dei rapporti, connessi coll'ordine e colla tutela dello Stato, conferì più rapidamente un carattere territoriale alle leggi penali, fossero queste romane come nel regno dei Goti, o fossero di contenuto germanico, come quelle già accolte in alcune legislazioni barbariche per essere applicate anche ai popoli soggetti, o come quelle contenute nei capitolari come obbligatorie per tutti i sudditi. E lo stesso motivo conferiva carattere di unità territoriale ai rapporti giuridici relativi al suolo ed al loro regolamento. In Italia questo mutamento era venuto compiendosi già durante il periodo franco; ogniqualvolta era in questione un fondo, il diritto della persona cedeva al diritto del territorio, o piuttosto la legge del possessore attuale era sostituita da quella del possessore originario (4). Ed anche in Germania in questi rapporti cominciava ad affermarsi la territorialità

nam consuetudinem aut Barbaricam esse servandam sciat, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit, id est, aut scripturis legitimis, quod largiri cuicumque voluerit, teneatur; aut certe quinque ingenuorum testimonio, quod dimittere voluerit vel donare, robur accipiat, et in ejus, cui re deputata fuerit, jura commigret „.

(1) *Lex Burgundionum*, tit. VIII, *De objectione criminum quae ingenuis intenduntur*.

(2) Gaupp, Op. cit., pag. 237.

(3) Gaupp, Op. cit., pag. 235.

(4) Schupfer, Op. cit., pag. 12, 13.

del diritto, originariamente colla prevalenza delle norme del diritto romano, e più tardi con norme di sviluppo posteriore (1).

A dare poi un impero sempre più territoriale alle leggi esistenti nei varii paesi ed a render possibile una nuova elaborazione legislativa egualmente imperante, senza distinzione di origini, su tutta la popolazione di uno Stato, grandemente contribuiva il carattere ch'era venuta assumendo la sovranità. D' un lato questa rappresentava sempre meno i caratteri individuali d'una schiatta, sia perchè dominava su genti di schiatte diverse che venivano fondendosi sotto il suo impero, sia perchè dominava sopra una parte sola di una gente che in quella vita politica separata veniva sviluppando caratteri, bisogni e consuetudini diverse da quelle delle altre parti della stessa schiatta che vivevano d'una vita politica diversa. D'altronde il concetto dello Stato che andava modificandosi, modificava alla sua volta quello della sovranità. Questa che era stata presso le genti barbariche un rapporto personale fra il popolo e chi lo guidava, era diventata a poco a poco un rapporto territoriale e complesso. Lo Stato veniva affermandosi come una persona giuridica, come un'ente a sè, a formare il quale contribuiscono la popolazione, il territorio, il vincolo e lo scopo politico, ma che risulta dal complesso di tutti quei fattori senza che uno solo valga a determinarne l'esistenza. In tale condizione di cose che si svolge e si completa nello Stato moderno, è naturale che l'importanza dei rapporti personali fra le genti di varia schiatta, cedano il posto all'importanza dei rapporti fra l'individuo e lo Stato considerato come ente a sè, con proprii scopi e con propria esistenza, nel quale politicamente si fondono tutte le categorie dei suoi abitanti. Era naturale pertanto, a mano a mano che questo concetto moderno dello Stato veniva sviluppandosi, che tutto un ordine di rapporti interessanti direttamente o indirettamente l'ordine e la sicurezza dello Stato, reclamassero un regolamento uniforme, e a poco a poco fra l'autonomia individuale dei singoli, e l'attitudine della legge a regolarla e modificarla, uno stesso ordine di concetti dovesse informare rispetto a tutti la missione dello Stato e della legge. Anzi nell'aspetto che assunse la sovranità durante il feudalismo, la necessità di impero universale della legge su tutti gli abitanti doveva farsi sentire tanto maggiormente, quanto più la soggezione personale alla sovranità, risultante dai rapporti territoriali, si afferma e si estrin-

(1) Gaupp, Op. cit., pag. 255, 6, e 359, 360, 1.

seca nelle suddivisioni e subordinazioni del territorio; sicchè può dirsi che territorialità del diritto, e l'assetto feudale della sovranità siano due termini del tutto inscindibili dalla condizione cui giungono i varii paesi d'Europa nell'ultimo periodo del medio evo.

Per tutte queste cause, d'un lato elementi legislativi ch'erano stati prima pertinenti ad uno dei diritti personali in vigore, acquistarono a poco a poco obbligatorietà universale e carattere di territorialità, dall'altro aumentarono sempre più le nuove leggi territoriali, emanate cioè come comandi dello Stato ai sudditi e non come ordinamenti relativi ad una sola razza degli abitanti. Da principio queste leggi comuni a tutti i sudditi ebbero importanza integratrice ed emendatrice ma non sostitutrice dei diritti personali; disponevano di materie sulle quali questi non avevano disposto, e ne completavano o ne correggevano le disposizioni in quanto direttamente riguardava od indirettamente interessava il diritto pubblico dello Stato che s'era formato (1). Poi aumentava sempre più il numero delle leggi speciali obbligatorie per tutti gli abitanti dell'impero franco o dei varii Stati formatisi o fuori di questo, o dallo smembramento di questo (2), finchè nei varii paesi, o per prevalenza d'uno dei diritti prima vigenti come personali, o per numero sempre crescente di nuove leggi relative a tutti gli abitanti, o per cooperazione di entrambe le cause, non trionfò completamente l'unità e la territorialità del diritto.

84. — Derivando da cause così complesse, tale mutamento dovette necessariamente compiersi in periodi di tempo varii secondo le varie regioni. Alcune parti d'Italia erano già arrivate alla territorialità del diritto nel 1000; in altre nel 1400 essa non era ancora completa (3). Il rescritto del 1038 dell'imperatore Corrado II proclamava l'unità del diritto in Roma e nel suo territorio (4); mentre in molti luoghi dell'Italia meridionale la personalità persisteva due secoli più tardi (5). Rispetto ad alcune parti della Francia un esempio di legge territoriale

(1) Eichhorn, vol. I, pag. 555, 6, 9 e 578-580.

(2) Muratori, Op. cit., pag. 344.

(3) Schupfer, *Storia* cit., pag. 152.

(4) *Monum. Germ. Hist.*, Leggi II, 40: " Audita controversia quae hactenus inter vos et Langobardos judices versabatur, nulloque termino quiescebat, sancimus ut quaecumque admodum negotia mota fuerint tam inter Romanae urbis moenia quam etiam de foris in Romanis pertinentiis, actore Langobardo vel reo, a vobis dumtaxat Romanis legibus terminentur, nulloque tempore revivescant ".

(5) Trevisani, l. c., pag. 49, 50.

si vuol far risalire all'864 (1), e col progredire del tempo il sistema del diritto territoriale vi si afferma prima nel sud che nel nord. In Germania il Sachsenpiegel ammette come regola prevalente nell'applicazione del diritto, la personalità delle leggi; però sotto certi rapporti cominciava già a farvi eccezione la territorialità di qualche legge, e nel secolo decimoquarto questa s'era già trasformata nel sistema dominante.

E come fu vario il tempo trascorso qua e là prima del compiersi di tale mutamento, così fu vario secondo le regioni il diritto nazionale a favore del quale il mutamento si compiva. A Roma e nel suo territorio prevaleva decisamente il diritto romano; in altre parti d'Italia o si manteneva, o contribuiva largamente ai diritti locali l'elemento longobardo. In Francia prevalse nel sud l'elemento gallo-romano, mentre al nord prevaleva l'elemento germanico (2) cui ancora nel decimo secolo aveva portato un notevole incremento la colonizzazione normanna. In Spagna il diritto territoriale risultava dalla fusione dei due elementi: quello romano che aveva informato il Breviario di Alarico, e quello germanico che costituiva il contenuto della Raccolta del re Enrico. In Germania i due diritti si dividevano, non meno che in molte parti d'Italia, il campo. Al diritto locale vario ed informato ad elementi germanici, stava accanto, con carattere sussidiario e generalmente vigente come diritto comune dell'impero, la legge romana. E se nel primo diritto si affermava, tanto in Germania quanto in Italia, il carattere della territorialità, il secondo perdeva il carattere della personalità per mutarlo con quello della universalità, e l'uno e l'altro erano applicati prescindendo dalla nazionalità degli interessati. L'uno era applicato come diritto locale, l'altro applicavasi sussidiariamente come diritto comune; ed entrambi erano ormai diritti territoriali, l'uno del territorio politico più ristretto cui le parti o le cose appartenevano o dove i patti si stipulavano, l'altro, se così è dato di esprimersi, del più vasto territorio *di coltura* cui tutti i rispettivi paesi appartenevano.

L'indole della società medioevale però faceva sì che la territorialità delle leggi si presentasse per più rispetti diversa da quella che suol concepirsi al tempo nostro negli Stati unitarii. Intendiamo ora che uno Stato abbia raggiunto la territorialità del suo diritto quando una

(1) Gaupp, Op. cit., pag. 238-240.
(2) Laferrière, *Histoire du dr. fr.*, vol. III, pag. 484, t. XI.

sola legge, diversa nell'origine della sua obbligatorietà seppure non nel suo contenuto materiale, da quelle vigenti negli altri paesi, governa senza distinzione i sudditi dello Stato. La territorialità della legge pertanto, come noi la concepiamo, si distingue dalla personalità per un doppio rispetto: positivo e negativo; perchè cioè la diversa origine etnica dei sudditi non influisce sulla legge civile che dev'essere loro applicata, e perchè a tutti i sudditi deve applicarsi la medesima legge civile.

Nella società medioevale invece prevalse una territorialità di legge, distinta sempre per quel lato negativo ma non sempre per quel lato positivo, dal sistema delle leggi personali. La diversa origine dei sudditi perdette ogni importanza quanto all'indicazione del diritto civile applicabile ai loro rapporti (1), ed in ciò il diritto diventò territoriale perchè si applicava agli individui la norma vigente nel territorio e non già la norma connessa, indipendentemente dal territorio, colla persona delle parti. Ma non ogni Stato nè ogni regione di uno Stato ebbe per tutto il territorio e per tutti gli abitanti la stessa legge territoriale; e per converso non fu applicato nei singoli territorii soltanto quel diritto che, per effetto d'un comando della sovranità territoriale, s'era trasformato da norma di ragione in regola di diritto positivo. D'un lato il frazionamento feudale e comunale dei territorii e le composizioni di diritto romano e barbarico diverse nelle varie regioni dello stesso paese, instaurarono fra parti dello stesso territorio una grande varietà di diritti. Un particolarismo di leggi ancor maggiore di quello barbarico si manifestò nei diversi paesi, colla differenza che mentre nel primo periodo del medio evo quel particolarismo si svolse nella varietà delle leggi personali dei sudditi d'uno stesso Stato, nel secondo periodo della medesima epoca si svolse nella varietà delle leggi locali coesistenti nei territorii soggetti alla stessa sovranità. In vaste divisioni del medesimo territorio, come in Inghilterra sotto Canuto (2), e come in Francia fino al secolo scorso, coesistevano diritti civili sostanzialmente diversi; e Luigi XI, che pur

(1) Questa distinzione di diritto secondo l'origine era necessariamente esclusa dalla legge che voleva essere territoriale e la legge stessa espressamente la escludeva. Così le *Costituz. del Regno di Sicilia*, lib. II, tit. XVII: " Nos qui singulorum jura justitiae libra pensamus in judiciis aliquam discretionem haberi non volumus personarum, sed aequalitatem sive sit Francus, sive Romanus, aut Langobardus qui agit seu convenitur, justitiam sibi volumus ministrari " e tit. XXIII, *De pugnis sublatis*.

(2) Church., *Early Britain*, pag. 300. London, Fisher Unwin, 1889.

era riuscito a fondare nel suo regno la unità politica, invano vi aveva tentata l'unificazione di quei diritti particolari (1). Ma sotto queste grandi divisioni, altre assai più minute si manifestavano ed in alcuni paesi assai più lungamente si mantenevano. Qui i Comuni, là le baronìe erano diventati piccoli Stati che svolgevano, in un'orbita più o meno larga, il loro potere legislativo, conservandone gli effetti anche dopo perduta l'autonomia; sicchè si poteva parlare di diritto territoriale rispetto alle varie suddivisioni del territorio di ciascuno Stato, ma non rispetto a tutto il territorio dello Stato.

Nel tempo stesso, sopratutto in Italia ed in Germania, tutte queste varie sovranità riconoscevano due sistemi di diritto che erano territoriali perchè in ciascun territorio si applicavano indistintamente a tutti i sudditi, ma che non erano territoriali per ciò che la loro obbligatorietà, anzichè dipendere dal comando della sovranità locale, derivava da un'autorità superiore a questa, e da una comunanza che tutte quelle sovranità comprendeva. Tale era l'autorità del diritto romano dov'era considerato come diritto comune; e tale pur era in materia matrimoniale e beneficiaria il diritto canonico: sistemi di diritto l'uno e l'altro, territoriali nell'obbietto perchè si applicavano ugualmente a tutti gli abitanti d'un certo numero di paesi, ma non territoriali nell'origine loro e nella estensione di luoghi dove valevano come comando.

Se poi d'un lato il diritto privato vigente poteva variare nelle varie parti di uno stesso paese, e più paesi essere soggetti per certi rispetti ad un identico diritto privato, spesso avveniva, e nei territorii feudali più largamente che in quelli comunali, che non tutti gli abitanti di uno stesso, per quanto piccolo, territorio, fossero soggetti, quanto al regolamento degli stessi rapporti, ad una identica legge civile. La fusione delle razze non aveva importato la fusione delle classi, anzi la subordinazione di queste si fece più distinta ed ottenne più completo riconoscimento nella legge, quando la fusione di quelle fu compiuta. Il suolo stesso in varii paesi fu soggetto a leggi diverse secondo la classe del proprietario o del detentore (2). Nei diritti personali, nei privilegi, nei rapporti di famiglia e nell'autonomia individuale applicata ad importantissimi atti giuridici, quelle classi furono distinte l'una dall'altra, e la diversità delle leggi contribuì a tenerle separate;

(1) Masson, *Mediaeval France*, pag. 303. London, Fisher Unwin, 1888.
(2) Gaupp, Op. cit., pag. 263, 4.

sicchè a poco a poco si potè sostenere, ciò che del resto non è vero se non in parte, che cioè fra nobiltà e popolo esistesse una originaria differenza etnografica, della quale fosse un avanzo ed una conseguenza la diversità del diritto (1). Ed anche dove questa tirannia di una classe sull'altra o non esisteva od era attenuata, pur leggi speciali continuarono lungamente ad esistere per le classi d'abitanti distinte secondo le occupazioni e le arti e dotate d'una certa individualità e di una certa autonomia. Perciò rispetto a tutti i paesi dove la personalità delle leggi è venuta scomparendo nel medio evo, sono necessarie non poche distinzioni per poter riconoscere che cosa fosse effettivamente e che cosa da principio non sia stata la territorialità che l'aveva sostituita.

85. — Quando si parla della personalità delle leggi e del periodo di tempo durante il quale essa prevalse nei varii paesi d'Europa, si nota a ragione, che, quanto alla scelta fra più diritti particolari nel regolamento dei rapporti fra uomini di stirpe diversa, essa presentava una certa analogia di condizioni e di criterii col diritto internazionale privato, mentre per effetto del suo applicarsi ai sudditi d'una medesima sovranità, sostanzialmente differiva dal diritto internazionale (2). Non si sarebbe però nel vero se si ritenesse che l'esistenza della personalità delle leggi, nell'interno dei singoli Stati, escludesse durante il medio evo rapporti e norme di vero diritto internazionale privato fra sudditi di Stati diversi, e che lo straniero, nel senso politico della parola, continuasse sempre, in quel sistema politico, a restare escluso da un ordine giuridico che era stato creato per un determinato ordine di concittadini e non per una determinata categoria di rapporti internazionali. Ciò non sarebbe esatto nel nostro campo, come non era esatto, rispetto a tante altre espressioni della coltura, il credere che l'età moderna e l'antichità siano state divise dalla grande lacuna medioevale, come da un periodo di tenebre posto in mezzo alle due grandi età della luce (3). Il sistema delle leggi personali è diverso da un sistema di diritto internazionale privato; ma quello nè doveva escludere di per sè quest'ultimo, nè infatti lo escluse del tutto durante

(1) Loyseau, *Trattato degli ordini della nobiltà*, pag. 25 e Roulanvilliers, *Storia dell'antico governo della Fr.*, vol. I, pag. 214 e segg.; ap. Thierry, *Considerazioni*, pag. 43, 4.

(2) V. pag. 212.

(3) Macaulay, *Inaugural Speech at the Glascow College* (March. 21, 1849), vol. II dei *Macaulay's Speeches*, pag. 265. Tauchnitz editore.

il medio evo. E per tutto quel periodo storico continuarono qui a mantenersi in tutto od in parte, là a svilupparsi, quei principii di diritto internazionale privato ch'erano stati adombrati o tradotti nella pratica dalla civiltà greco-romana.

In quel doppio ordine di concessioni che si riferisce al riconoscimento d'una certa somma di diritti allo straniero, ed all'applicazione della sua legge personale come regola dei suoi rapporti giuridici, era naturale che i maggiori successi si conseguissero dagli Stati commercianti e belligeri, la cui amicizia era maggiormente utile e la cui ostilità poteva riuscire più pericolosa. Questi potevano più efficacemente proteggere i proprii cittadini che si allontanavano, facendo sentire anche nei paesi più lontani e più pericolosi la minaccia della propria rappresaglia (1). Mentre rendendo sicure le vie del commercio esse esercitavano in quella gran confusione medioevale, un'importante funzione economica, regolando oltre il territorio la vita giuridica dei sudditi, servivano non meno la causa del diritto pubblico. Tale fu il caso della Lega Anseatica. La loro federazione, informata al principio della difesa del commercio e della protezione dei sudditi delle città federate (2), escludeva qualunque scopo aggressivo di conquista, e qualunque ribellione delle singole città contro il sovrano da cui dipendevano (3). Era, come in origine la Confederazione Elvetica, un'alleanza difensiva continuata anche in tempo di pace; ma, a differenza di quella, non aveva che un obbiettivo esclusivamente economico.

Nell'epoca più tenebrosa del medio evo l'attività e l'influenza di quella lega già si faceva sentire nei mari del Nord. Nel 1300 avevano già raggiunto il fiore della prosperità e della potenza; e rappresentavano ormai nel commercio marittimo il trionfo dell'ordine e della sicurezza contro la pirateria; nei rapporti internazionali il trionfo del diritto sull'arbitrio; e in quelli sociali il destarsi delle classi medie, fra i grandi oppressori ed il popolo oppresso, come un ostacolo ai primi, un gradino agli altri ed un fattore importante di civiltà. Il loro scopo era così esclusivamente pacifico, e limitavasi in modo così assoluto alla protezione del commercio e dei commercianti, che le loro fattorie differivano sempre da quelle, tanto note nella storia coloniale,

(1) Zimmern, *The Hansa Towns*, pag. 169, 184. London, Fisher Unwin, 1889.

(2) Sartorius, *Geschichte des Hanseatischen Bundes*, th. 2, pag. 120 e 150 segg., e Blanqui, *Histoire de l'Économie politique*, pag. 63. Bruxelles, Wahlen, 1839.

(3) Zimmern, Op. cit., pag. 32, 4, 5.

che cominciano collo stabilimento di un magazzino, continuano con una serie di ingerenze e di brighe, e finiscono con un conflitto e colla trasformazione del paese in una dipendenza coloniale de' suoi ospiti d'un tempo.

Le fattorie anseatiche furono da principio e si mantennero poi, come molte fra quelle delle città italiane in Oriente, fattorie di buona fede. Erano organizzate come confraternite laiche con tutti i rigori di una regola monastica; due assessori le governavano, e giudicavano i litigi, rimettendo alla Dieta anseatica la decisione dei casi più gravi. Gli abitanti della fattoria non potevano prendere moglie nel paese dove risiedevano, nè rimanersene una notte fuori della fattoria le cui uscite erano guardate da sentinelle e da cani, sicchè quando la popolazione ne aumentava, come avvenne a Bergen la cui fattoria fu abitata per un certo tempo da tremila anime, essa assumeva tutta l'apparenza e tutta l'importanza d'una fortezza. Ed il carattere puramente commerciale di quegli stabilimenti, tanto più conservavasi per ciò: che se le fattorie erano permanenti ,gli abitanti se ne mutavano di continuo; i sudditi anseatici potevano dimorare per qualche tempo nella fattoria quando avessero superate le prove necessarie per esservi ammessi (1), ma non potevano stabilirvisi permanentemente. Sicchè i privilegi che la sovranità territoriale concedeva loro quanto all'uso della legge nazionale, non poteva riferirsi, trattandosi di persone non stabilmente trapiantate nel paese, ad un'applicazione della personalità delle leggi, ma era un vero parziale riconoscimento di norme di diritto internazionale privato.

I privilegi che gli Anseatici avevano potuto assicurarsi dovunque erano stati autorizzati a fondar fattorie, li ponevano in condizione essenzialmente favorevole in confronto non solo del diritto comune vigente nel paese dove dimoravano, ma anche del diritto vigente nella loro stessa patria. Le concessioni da loro ottenute implicavano, per l'applicazione della legge nazionale, per la tutela delle loro persone e della parte di città che abitavano, per l'autorità riconosciuta alle loro autorità giudiziarie ed amministrative, una specie di estraterritorialità, e perciò appariscono simili al moderno sistema delle capitolazioni. Il quale (quest'analogia, come quella che presentavano nel tempo stesso molti porti del Mediterraneo, basterebbero a provarlo), non è qualche cosa di specialmente adatto alla Turchia, e di esclusi-

(1) Zimmern, pag. 30 e 144, 7.

vamente peculiare agli Stati non cristiani. È invece un sistema di rapporti, generale nel primo periodo dell'istituto consolare, rispondente ad una condizione di cose in cui manchi nei singoli paesi un ordinamento legislativo e giudiziario che affidi gli stranieri, e conservatosi nei rapporti con quei paesi dove tali condizioni continuarono a mancare.

L'analogia fra il moderno sistema delle capitolazioni ed i rapporti internazionali della Lega Anseatica, è poi tanto più stretta inquantochè anche questa negava ogni stipulazione di reciprocità e mentre i suoi negozianti potevano dimorare quanto volevano in un porto straniero e reggervisi secondo il proprio diritto, in Colonia i mercanti stranieri non potevano dimorare per più di sei settimane consecutive, nè ritornarvi più di tre volte l'anno; ed in altre città anseatiche gli stranieri trovavano regole ancora più restrittive.

Rivolti coi loro sforzi sopratutto al nord ed all'oriente del continente europeo, gli Anseatici non ebbero rapporti diretti e costanti col sud dell'Europa e colla Francia. Tennero per qualche tempo un deposito a Bordeaux, ma il loro commercio con quel paese fu sopratutto indiretto per via delle Fiandre (1). Si hanno però a loro favore concessioni di Luigi XI e di Carlo VIII che promettono loro imparziale giustizia, condizione civile del tutto eguale a quella degli indigeni, diritto di continuare a commerciare con Stati in guerra colla Francia, ed interpretazione favorevole dei contratti stipulati in Francia con Francesi. In queste concessioni è anche pattuita la reciprocità; ma questa perdeva ogni importanza di fatto per ciò che i prodotti della Francia erano allora assai limitati e che più limitati ancora erano i rapporti commerciali fra i due paesi.

In Russia invece essi esercitavano un monopolio commerciale mal tollerato e mantenuto colla forza, come un tempo quello di Cartagine nel Mediterraneo. Un magistrato speciale residente a Nowogorod li governava, e definiva secondo le leggi nazionali i loro litigi; assistito da giurati avea perfino il diritto di pronunciare la pena di morte, con riserva di appello sia a Lubecca sia alla Lega Anseatica (2).

Coll'Italia l'Ansa non ebbe che rapporti indiretti, poichè le città commerciali della Germania del sud, che vi esercitavano il commercio, formavano una lega particolare che, quantunque affigliata a quella anseatica, pure non ne formò mai parte integrante. Ed i privilegi

(1) Zimmern, pag. 171, 3.
(2) Zimmern, pag. 152, 3; Sartorius, loc. citato.

conseguitivi erano ben più limitati che non fossero negli altri paesi d'Europa. Nel 1200 era già stabilito a Venezia il *Fóntego dei Tedeschi*, ma questo non era che un deposito, senza giurisdizione particolare attribuita ai capi stranieri dello stabilimento, che era invece strettamente sorvegliato dai *Visdomini dei Tedeschi*.

In Inghilterra invece le città anseatiche avevano ottenuto privilegi che agli indigeni parvero col progredire del tempo esorbitanti ed intollerabili (1). Enrico II nel 1157, con un *atto* che ha l'apparenza di una conferma di privilegi già posseduti, non solo parificava gli Anseatici, quanto alla sicurezza ed alla protezione agli stessi Inglesi (*sicut homines meos et amicos*) ma garantiva loro l'uso del diritto nazionale (*et ideo firmam pacem habeant faciendo rectas consuetudines suas, et nullas exigatis ab eis novas consuetudines vel rectitudines quas facere non debeant nec facere solebant*). Nel 1194 il re Riccardo confermava loro il diritto di *salvum ire et salvum venire per totam terram nostram et emere et vendere et in villa London et alibi* e concludeva ordinando che *predicti cives de Colonia prenominatas libertates et liberas consuetudines habeant per totam terram nostram Anglie*. Ed il re Giovanni confermava pienamente questi privilegi (2). I processi fra Inglesi ed Anseatici dovevano giudicarsi da due magistrati particolarmente designati dal re, e gli Anseatici erano sottratti alla giurisdizione della corte dell'ammiragliato (3). Protetti dalla legge inglese, essi restavano, nel regolamento dei proprii rapporti, indipendenti da questa; il loro diritto e la loro magistratura li seguiva; dal punto di vista economico impoverivano il paese e da quello giuridico ne diminuivano la sovranità. Per entrambi questi motivi, forse più per il primo che per il secondo, il popolo inglese divenne loro sempre più ostile ed il governo tentò ripetutamente o di eliminarli o di farli rientrare nel diritto comune (4); ma per lungo tempo invano, finchè nel 1598 non furono espulsi dalla regina Elisabetta. Sôrti nel cuore del medio evo, i privilegi degli Anseatici si prolungavano durante l'età

(1) Blanqui, l. c., pag. 66.

(2) Sartorius, *Urkundliche Geschichte des Ursprungs der Deutschen Hanse*, ediz. Lappenberg, Hamburg 1830, Appendice; Höldbaum, *Hansische Urkundebuch*, Halle 1876; Sir Travers Twiss, *On the early charters granted by the kings of England to the Merchants of Cologne. Report to the ninth annual conference, held at Cologne, of the Association for the Reform and the codification of the law of Nations*. London, Clowes, 1882, pag. 14-32

(3) Blanqui, l. c., pag. 66.

(4) Zimmern, pag. 183, 5, 6, 334, 350, 1.

moderna ed implicavano un largo riconoscimento ed una larga applicazione della legge nazionale, consentiti in molti paesi ad una categoria di stranieri. Nel seno dei singoli territorii la personalità delle leggi, nei rapporti fra concittadini, si affermava, si svolgeva, svaniva ed era sostituita dalla territorialità, senza che tali mutamenti impedissero o modificassero nei riguardi degli stranieri la esistenza ed il regolamento di quei rapporti che erano veri rapporti di diritto internazionale privato.

86. — Analoga era la condizione dei mercanti stranieri stabiliti in molti porti del Mediterraneo e sopratutto quella delle fattorie commerciali che le città marinare italiane stabilivano in Oriente, accompagnandovele con una garanzia del diritto personale che ricordava, nel modo della manifestazione se non nel titolo (1), l'antica condizione delle popolazioni italiane in mezzo al popolo dei loro dominatori. I mercanti europei che visitavano i porti dell'Oriente erano sottratti, per pattuite concessioni, alle leggi ed ai tribunali dei Saraceni per tutti i loro rapporti reciproci e per molti di quelli in cui potevano trovarsi cogli indigeni. I litigi fra Europei erano decisi da giudici nazionali secondo leggi ed usanze europee. Speciali trattati coi sovrani maomettani sancivano queste concessioni, autorizzavano lo stabilimento di consoli, riconoscevano la loro autorità giurisdizionale e determinavano la cerchia della loro competenza; e quando le crociate fecero sorgere in Oriente molti Stati cristiani, questi furono costretti a riconoscere e confermare i privilegi già goduti nei loro territorii dalle città italiane. Sicchè la giurisdizione consolare in Oriente risale nelle sue origini fino al medio evo, e si presenta fin da principio come una garanzia di applicazione estraterritoriale del diritto privato combinata con una estraterritorialità della giurisdizione (2), come era avvenuto nell'antico Egitto fin dallo stabilimento delle prime fattorie greche consentito a Naucrati dai Faraoni (3).

Ma esempii di simili garanzie di legge personale, per lo più combinate e talora indipendenti dalla garanzia di una giurisdizione nazionale, non mancano nei porti del Mediterraneo occidentale e negli stessi paesi continentali d'Europa.

La condizione originaria dei forestieri presso i Germani era stata eguale a quella risultante dal diritto dei popoli antichi. Allo straniero

(1) Lanzani, *Storia dei Comuni italiani*, lib. III, pag. 190, 1.
(2) Martens, *Consularwesen*, Berlin, Weidmann, 1874, pag. 49, 50 n. e seg.
(3) V. pag. 19.

non competeva guidrigildo nè protezione della persona, se questa non gli fosse stata garantita da una concessione speciale di ospitalità o da uno speciale protettore (1), a quella stessa guisa che presso i Greci il forestiero diventava soggetto di diritto soltanto per effetto del vincolo di ospitalità pubblica o privata (2). Il principe si proclamò più tardi il naturale protettore degli stranieri che mancavano d'ogni altra protezione ed a lui spettava sia accordare loro in modo speciale l'ospitalità, sia restringere in termini generali rispetto a loro il rigore dell'antico diritto (3). Gli stranieri vivevano di regola secondo il diritto personale del patrono, ma talora il re concedeva loro anche l'applicazione della legge nazionale sia come una eccezione, sia ponendo quella norma come una regola da seguirsi dalla magistratura. Della prima specie è la disposizione dell'editto di Rotari che, pur sottoponendo i forestieri alla legge longobarda, ammetteva però la possibilità di concedere loro l'uso della legge nazionale (4). Della seconda specie era la legge dei Ripuarii che ammetteva senz'altro la applicazione della legge nazionale per ogni maniera di stranieri (5). Simili concessioni fra popoli amici erano tutt'altro che ripugnanti alle consuetudini ed alla coscienza delle genti germaniche (6), nel senso che lo straniero non era soggetto di diritto, se non dopo aver ottenuta la protezione della sovranità, ma che, una volta conseguitala, potesse ottenere anche di reggersi secondo il suo diritto (7).

La stessa concessione che poteva liberare gli stranieri dall'impero del diritto privato dello Stato che abitavano, poteva sottrarli anche dal diritto di naufragio (8) e da quello di albinaggio, ch'era però

(1) Pertile, vol. III, pag. 163; Eichhorn, vol. cit., pag. 268-270 e n. *m*; Jewett, *The Normans*, vol. cit., pag. 7, London, Fisher Unwin, 1891.

(2) V. pag. 49 e *Lex Burgundionum*. tit. XXXVIII.

(3) Pertile, vol. III, pag. 163, 4.

(4) Rotharis *Leges*, 390: " Omnes gargangi qui de exteris finibus in regni nostri finibus advenerint, seque sub scuto potestatis nostrae subdiderint, legibus nostris Longobardorum vivere debeant, nisi legem aliam a pietate nostra meruerint ".

(5) *Lex Rip.*, tit. XXXI, 3: V. pag. 199, n. 6. V. anche tit. XXXVI, cap. 1, concedente la protezione del diritto a stranieri propriamente detti.

(6) Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, II Ausg., pag. 397, nn. 1 e 2; Goethingen, Dieterich, 1854.

(7) Grimm, Op. cit., pag. 402, n° 6. Talora gli si concedeva, anche nei litigi con un indigeno, un tribunale di peregrini. " Item keme ein fremder Man, und begehrte ein Notgericht, dem soll man unverzogenliche gehorsam sein ".

(8) Costituz. di re Guglielmo e di Federico I e II per abolire il diritto di naufragio. *Costitut. Neap. sive Siculorum*, lib. I, tit. XXVII.

limitato fin dall'origine a quelli che non lasciavano figli legittimi (1). Nell'esercizio dei diritti privati potevano pertanto essere parificati ai sudditi del paese, e nel regolamento di quelli restare tutelati dalla propria legge nazionale; nè a tale riguardo erano eccezioni del tutto singolari la corte inglese di Alfredo (2) o quella provenzale di Raimondo Berlinghieri (3), principe così ospitale da potersi formar la leggenda che fosse stato uno spirito beato il ministro che lo consigliava.

Mercanti italiani traversavano nel 1000 e nel 1100 la Germania per commerciar nelle Fiandre e trovavano sufficienti garanzie nel paese che traversavano ed in quello ch'era la mèta del loro viaggio. Calzolai tedeschi recavansi a lavorare in ogni parte d'Europa, dalla Livonia e dalla Svezia fino al Portogallo; e spesso d'un uomo morto nelle terre del Baltico, doveano cercarsi gli eredi in Westfalia (4). Trattati specialmente stipulati assicuravano in Francia la sicurezza ed i privilegi dei negozianti lombardi. Questi vi godevano favori che, analoghi a quelli concessi altrove ai confederati anseatici (5), erano ottenuti da loro nei riguardi così della protezione contro i banditi come dell'uso del proprio diritto, talora col mezzo dei principi del paese cui appartenevano, talora direttamente per opera delle loro corporazioni.

Così nei porti occidentali del Mediterraneo sorgevano privilegi degli stranieri analoghi a quelli concessi e durati maggiormente in Oriente. Tutela speciale vi era concessa ai mercanti forestieri (6), concretandola in una protezione consolare che poteva assumere due forme rispettivamente analoghe alla prossenìa spartana ed a quella ateniese (7). Talora i giudici consoli erano nominati nel proprio seno dalle stesse colonie straniere, tal'altra erano, come a Venezia ed a Barcellona dal 1200, cittadini del paese delegati alla protezione dei commercianti forestieri (8). Spesso con queste garanzie amministra-

(1) ROTHARIS *Leges*, 390: " Si filios legitimos habuerint, heredes eorum in omnibus sicut et filii legitimi Langobardorum, existant. Et si filios non habuerint legitimos, non sit illis potestas absque jussione Regis res suas cuicumque thingare, aut per quemlibet ingenium, aut per quemlibet titulum alienare ".

(2) CHURCH., *Early Britain*, pag. 219, 220.

(3) GIOVANNI VILLANI, lib. VI, cap. 92.

(4) ZIMMERN, Op. cit., pag. 105.

(5) Libri, *Artic.* nel *Journal des Savants*, ottobre 1838, pag. 609, nota, e 618-620.

(6) PERTILE, Op. cit., vol. III, pag. 164, 5 e n. 8-12.

(7) V. pag. 56.

(8) SCLOPIS, Op. cit., vol. I, pag. 205; MARTENS, *Consularwesen*, pag. 46, 7 e ROMANIN, *Storia di Venezia*, vol. III, pag. 351, 2, Venezia, Naratovich, 1855.

tive e giurisdizionali combinavano quelle relative all'applicazione della legge, come presso i Visigoti che, quantunque unificassero il diritto privato nell'interno dello Stato quanto a rapporti fra sudditi, non ripugnavano dall'ammettere, nei rapporti interessanti i forestieri, l'applicazione della legge straniera (1). E agli Spagnuoli, riparati in Francia per sfuggire ai Saraceni, non solo fu estesa la protezione della legge che li salvava dal diritto di albinaggio (2), ma fu anche permesso con poche eccezioni di vivere secondo la propria legge (3).

Durante il periodo della personalità delle leggi praticata fra sudditi del medesimo Stato, non restava dunque esclusa nei varii paesi una certa misura di applicazione delle leggi straniere nei rapporti interessanti i forestieri propriamente detti. Anzi era naturale che a

(1) *Lex Wisigothorum*, lib. XI, tit. III, *De transmarinis negotiatoribus*, cap. II: " Dum transmarini negotiatores inter se caussam habuerint, nullus de sedibus nostris eos audire praesumat; nisi tantummodo suis legibus audiantur apud telonarios suos ". " Ce chapitre (dice il Pardessus, *Collection des lois maritimes antérieures au XVIII siècle*, Paris, Imprimerie Royale, 1828, tome I, pag. 153, nota) est justement considéré comme un des plus anciens monumens de la juridiction accordée aux consuls qu'une nation entretient en pays étranger, sur ses sujets qui y résident ".

(2) *Capitularia Regum Francorum*, Venetiis, Zatta, 1772 e 1773, cum notis Stephani Baluzii, vol. I, pag. 341, 2; *Praeceptum Karoli* (*Magni*) *IV Nonas Aprilis anno Imperii XII* (812) e *Praceptum Secundum* a. 816 di Lodovico che ha la stessa portata (816) si limitano a sottrarre gli emigrati spagnuoli alla oppressione dei Conti franchi; vol. II, pag. 756, 7 (anno 844) *Praeceptum Karoli Calvi pro quibusdam Hispanis* " ..... sicut a progenitoribus magnisque Imperatoribus parentibus eorum constat esse concessum, ita ipsi et filii filiorum suorum usque in seculum cum omni securitate ipsas res teneant atque possideant, et sub munburdo nostrae defensionis contra omnium infestationem semper consistant. Sed si etiam ex ipsis aliquis absque filiis et nepotibus mortuus erit, volumus, atque per hanc nostram auctoritatem concedimus ut eadem res proximioribus suis parentibus revertantur, licentiamque inter se vendendi et concambiandi plenissime habeant ".

(3) *Capitularia Regum Francorum*, Venetiis, Zatta, 1772, cum notis Stephani Baluzii. Capitularia Ludovici Pii Imperatoris a. C. 815 [T. I, pag. 373, 4] Praeceptum I pro Hispanis qui in regno Francorum manebant: " Ludovicus..... aliqui homines propter iniquam oppressionem et crudelissimum jugum quod eorum cervicibus inimicissima Christianitatis gens Saracenorum imposuit..... de partibus Hispaniae ad nos confugerunt..... ita ad omnium vestrum notitiam pervenire volumus quod eosdem homines sub protectione et defensione nostra receptos in libertate conservare decrevimus ". Capit. II: " Ipsi vero pro majoribus caussis, sicut sunt homicidia, raptus, incendia, depraedationes, membrorum amputationes, latrocinia, alienorum rerum invasiones et undecumque a vicino suo aut criminaliter aut civiliter fuerit accusatus et ad placitum venire jussus, ad Comitis sui mallum omnimodis venire non recusent. Ceteras vero minores causas more suo, sicut hactenus fecisse noscuntur inter se mutuo definire non prohibeantur ".

quell'epoca tale applicazione della legge straniera non dovesse ripugnare. Poichè se ad una parte dei sudditi stessi si concedeva di continuar ad usare d'una legge diversa da quella del popolo dominante, tanto più facilmente doveva farsi la medesima concessione a chi era attualmente straniero. Se il ricordo d'una estraneità che più non esisteva come fatto politico, ed andava scomparendo come fenomeno di coltura, bastava a giustificare nei riguardi d'una parte dei sudditi l'applicazione del loro diritto particolare originario, tanto più la constatazione d'una non dubbia ed attualmente esistente estraneità politica, doveva far ammettere l'applicazione di un diritto diverso da quelli praticati nello Stato nel regolamento dei rapporti di chi allo Stato non apparteneva.

La territorialità della medesima legge sostituitasi alla personalità delle diverse leggi nei singoli Stati per quanto riguardava i rapporti dei sudditi, non era dal canto suo concetto incompatibile per sè con una certa misura di applicazione del diritto privato straniero ai rapporti interessanti gli stranieri. Non il sistema della territorialità della legge nei rapporti fra sudditi, ma il concetto feudale della sovranità trovavasi in antinomia colla applicazione della legge straniera. Ma nè quel concetto feudale informò la sovranità d'ogni paese, nè se ne dedussero, dovunque prevalse, con rigore di logica tutte le conseguenze pratiche. Sicchè quando nell'interno di ciascuno Stato la personalità cedette alla territorialità, non ne derivò necessariamente nei rapporti fra sudditi di Stati diversi una soluzione di continuità nello sviluppo del diritto internazionale privato. Anzi quasi dovunque continuò una certa misura d'applicazione del diritto straniero, e, dove il concetto feudale della sovranità non prevalse, continuarono durante il periodo della territorialità od a mantenersi in parte od a praticarsi del tutto, nei riguardi degli stranieri, quei principii di diritto internazionale privato che avevano trovato una varia misura d'applicazione durante l'impero della personalità delle leggi.

87. — Col prevalere nei singoli paesi dei diritti territoriali i rapporti di diritto internazionale privato trovarono una base tanto più chiara di svolgimento quanto più chiara e netta risultava in quel sistema la distinzione fra legge nazionale e legge straniera. Sarebbe un errore, come fu accennato, il credere che nel sistema della personalità delle leggi, la moltiplicità dei diritti, vigenti nel territorio rispetto ai sudditi secondo la razza, escludesse una certa misura d'applicazione della legge straniera rispetto agli stranieri propriamente detti. Sarebbe

in errore del pari chi ritenesse che il sistema della territorialità delle leggi, facendo prevalere in ogni paese un solo diritto civile su tutte le varie leggi personali nei riguardi dei sudditi, importasse con questo effetto dell'uniformità anche quello di escludere in modo assoluto nei riguardi dei forestieri l'applicazione della legge straniera. Personalità e territorialità delle leggi rappresentano stadii successivi nello sviluppo del diritto interno; al di là dei confini di questo continuano a vivere ed a svolgersi i rapporti di diritto internazionale in genere e quelli di diritto internazionale privato in particolare. E di questi ultimi, come non era escluso di necessità un certo logico ordinamento durante il periodo della personalità delle leggi, così non restò del tutto escluso durante quello delle leggi territoriali. Tanto nell'uno quanto nell'altro stava alla base della condizione giuridica degli stranieri quella *nazionalità* del diritto che abbiamo già riscontrata nell'antichità e che, facendo d'ogni grado di protezione della legge un patrimonio esclusivo del cittadino, ne privava del tutto gli stranieri in quanto questi non avessero conseguito nello Stato, mediante un privilegio, analogo nell'essenza sua all'*ospitalità*, una particolare garanzia di protezione. In ciò le originarie massime del diritto greco e di quello romano, combinano colle condizioni richieste dal diritto barbarico (1) per riconoscere nello straniero un soggetto di diritti, e con quella massima tradizionale del diritto francese, non del tutto scomparsa nelle sue conseguenze fino ai nostri giorni: « les aubains n'ont pas la communion du droit civil ».

E così il diritto d'albinaggio non si connette, nè nella sua origine nè nel suo sviluppo, col periodo della personalità o con quello della territorialità delle leggi, ma trova le condizioni della sua origine in quella *nazionalità* esclusiva della protezione giuridica, che sostanzialmente, se non collo stesso nome, rende quel diritto inseparabile da ogni sistema di rapporti nei quali lo straniero non sia naturalmente e senza bisogno di speciali condizioni, considerato come un soggetto di diritti. Il diritto d'albinaggio fu, è vero, la sintesi della negazione dei diritti in odio allo straniero, ma nell'essenza sua non fu nè particolare ad un'epoca del medio evo, nè particolare al medio evo nel suo complesso; e quel periodo storico soltanto organizzò alcuni Stati di Europa in modo singolarmente favorevole alla sua durata (2). Lo

(1) Eichhorn, vol. I, pag. 268-271.

(2) " Dans ces temps-là, dice il Montesquieu, s'établirent les droits insensés d'aubaine et de naufrage; les hommes pensèrent que les étrangers,

troviamo nel periodo della personalità delle leggi fin dal tempo dei Longobardi quando la eredità degli stranieri apparteneva, in mancanza di figli legittimi, al re (1); nel dominio franco quel diritto si afferma a favore del re anche in confronto degli stranieri che avessero avuto figli (2); e fino a tempi assai recenti si mantenne in Stati dove impera il sistema della territorialità del diritto, come esistette nell'antichità, e dovunque la protezione della personalità giuridica e della proprietà fu intimamente connessa colla cittadinanza (3) e colla sua conservazione.

Del pari il diritto di naufragio ed i tentativi fatti per abolirlo si riscontrano del pari in entrambi quei periodi del medio evo, così da non potersi dire che uno fosse più dell'altro contrario alla tutela degli stranieri. Nel secolo IX il diritto di naufragio è condannato dalla legge romana udinese (4). Nella metà dello stesso secolo un trattato di Siccardo, principe di Benevento, coi Napoletani, s'ispira agli stessi concetti; nel 1200 Federico II minaccia la pena di morte agli spogliatori dei naufraghi (5), e nel nord dell'Europa tutto

ne leur étant unis par aucune communication de droit civil, ils ne leur devaient d'un côté aucune sorte de justice et de l'autre aucune sorte de pitié. Dans les bornes étroites où se trouvaient les peuples du Nord, tout leur était étranger „ (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. XXI, chap. XVII). Il Laurent, a proposito della riproduzione di tale opinione da parte del Fiore (FIORE, *Diritto internazionale privato*, cap. II, pag. 12-16, n. 10, 11 e 12: 2ª ediz., Firenze, Le Monnier, 1874) ritiene queste accuse per lo meno esagerate. “ Prescindendo dal diritto di naufragio, egli dice, che fu un fatto piuttosto che un diritto, quello d'albinaggio esiste dovunque lo straniero non ha godimento di diritti civili (LAURENT, *Dr. civ. int.*, vol. I, pag. 262, 263, Bruxelles, Bruylandt Christophe, 1880). Tale opinione era già stata emessa dal Bodino (BODINO, *Tratt. De Republ.*, lib. I, cap. VI, pag. 51-54 della traduz. del CONTI, ediz. di Genova, Bartoli, 1588) il quale, laddove affermava che in Italia la condizione degli stranieri fosse stata peggiore che in Francia, era stato corretto dal Volpicella (VOLPICELLA, *Monografia sul diritto d'albinaggio*) e dal Saredo (SAREDO, *Saggio sulla storia del diritto internazionale privato*, Firenze, Pellas, 1873, pag. 64). V. sull'origine del diritto d'albinaggio e del suo nome PERTILE, *Storia del diritto*, vol. III, pag. 169, n. 38 e DUCANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, v. ALBANI.

(1) ROTHARIS *Leges*, 367.

(2) “ Res peregrinorum propriae sunt regis „ dice un mandato di Carlo Magno per il chiostro di Honau.

(3) L. 1 C., *De hered. instit.*, 6, 24: “ Qui deportantur, si heredes scribantur, tamquam peregrini capere non possunt „.

(4) SCHUPFER, *Nuovi studi sulla legge romana udinese*, pag. 33. *Memorie dell'Accademia dei Lincei*, 1881-82 e *Storia del diritto* cit., pag. 40.

(5) *Costitut. Neapolitanarum sive Sicularum*, lib. I, tit. XX, *De surripientibus aliquid naufragiis vel incendiis:* “ Tales itaque in rapinis hujus-

il potere della Lega Anseatica rappresenta una serie di vittorie contro il diritto di naufragio. Come l'esistenza del diritto d'albinaggio non si collega nemmeno indirettamente, sia col sistema della personalità sia con quello della territorialità delle leggi, ma bensì con quello stato della coscienza giuridica, possibile in entrambi quei sistemi, che esclude da ogni protezione giuridica, indipendente da speciali concessioni, lo straniero; così il diritto di naufragio rappresenta un disordine di tutto il medio evo, represso dove le influenze morali e l'organizzazione dello Stato erano più forti, aumentato dove l'anarchia od il frazionamento dell'autorità aggravavano il disordine nei rapporti sociali, senza che nessuna dipendenza logica lo collegasse più strettamente al sistema della personalità od a quello della territorialità delle leggi. E la lentezza ed il carattere malsicuro delle vittorie riportate contro il diritto di naufragio, devono imputarsi piuttosto ad un difetto comune a tutti gli Stati poco progrediti; il prevalere cioè del carattere bellico e fiscale dello Stato sul suo carattere di tutore dell'ordine giuridico, per cui anche molti istituti diretti a proteggere la vita e la salute dei soli sudditi, raramente erano progettati e più raramente ancora eseguiti (1).

Il riconoscimento più o meno completo dei diritti dello straniero, e l'applicazione più o meno larga della legge straniera non trovavano dunque nel sistema della personalità delle leggi od in quello della territorialità come tali, condizioni particolarmente favorevoli o sfavorevoli. Una varia misura di protezione dello straniero ed una varia misura di applicazione della legge straniera potevano esistere, come si ebbe occasione di accennare (2), durante il periodo della personalità delle leggi; una varia misura dell'una e dell'altra poteva coesistere, e lo prova tutta la storia moderna del diritto internazionale privato, col sistema delle leggi territoriali. Quando fra due paesi avea durato

modi deprehensos aut sponte confessos, capitali sententia feriendos esse censemus, ac de bonis ipsorum, quae ad legitimos successores pervenire debebunt, rapta in quadruplum restitui dominis debere mandamus....... ... Negligentes autem (di portar soccorso ai naufraghi), si probata causa legitime se nequiverint excusare, unius augustalis poena mulctandos esse censemus „.

(1) *Mémoires de Castelnau*, livre cinquième, chap. IV, nella *Choix de Chroniques et Mémoires de l'histoire de France* (*XVI siècle*), Paris, Desrez, 1839: dove parla del progetto sorto sul 1563 di fondare un grande ospitale per i soldati mutilati, sul quale " se firent beaucoup de belles délibérations qui furent bientost oubliées „.

(2) V. pag. 234 e seguenti.

lungamente la pace e s'era stabilito un operoso movimento di relazioni commerciali, una gran sicurezza regnava nei due territorii, ed una reciproca protezione vi era goduta dai sudditi rispettivi (1). Dove invece queste condizioni non s'erano prodotte, le vie erano mal sicure e lo straniero non trovava nè una tutela nella legge nè una protezione contro i malfattori (2). Dove l'operosità dei commerci o della coltura rendeva gli uomini ospitali, lo straniero trovava un pacifico soggiorno, come nelle prospere città marinare e nei floridi centri di studio; dove invece la civiltà era poco progredita, e tardi lo sviluppo economico e la coltura, le barriere si moltiplicavano fra paese e paese, i mercanti stranieri dovevano fare i loro affari alla costa del mare come ora avviene in molte parti d'Africa, ed il forestiero erudito oltre il comune veniva in orrore come l'Anticristo (3) od uno dei suoi discepoli.

La cattiva condizione dello straniero, il suo parziale asservimento al signore del territorio, la sua incapacità di acquistare e di trasmettere in causa di morte, e l'esclusione assoluta d'ogni applicazione di legge straniera non sono già conseguenze della territorialità delle leggi. L'avere uno Stato un solo diritto privato per tutti i sudditi non importa per conseguenza nè che lo straniero debba esservi escluso dalla tutela giuridica, nè che, una volta ammessovi, a lui ed ai suoi rapporti non si debba applicare che la legge territoriale. Quei misconoscimenti della tutela dello straniero e dell'applicazione della legge straniera sono una conseguenza, anzichè della territorialità delle leggi, dello spirito feudale e del concetto feudale della sovranità; coincidono pertanto col trionfo della territorialità sulla personalità delle leggi, ma non ne derivano.

88. — Il frazionamento della sovranità in territorii che avevano appartenuto o continuavano in certa misura ad appartenere al medesimo dominio, faceva sì, che mentre le leggi di quelle varie sovranità

(1) Le *Chroniques de Mathieu de Cussy*, Paris, Desrez, 1840, cap. I, descrivono la condizione dei rapporti fra le terre francesi e quelle inglesi dopo la pace fra Carlo VII di Francia ed Enrico VI d'Inghilterra. " Les Français et Anglais commencèrent à avoir grande communication et hantise les uns avec les autres; et, par especial les marchands et gens de divers mestiers se bouttèrent fort avant... Les Français allaient à leur plaisir, en la dite duché de Normandie, querir et acheter ce que bon leur semblaient et que trouver y pouvaient ".

(2) Mathieu de Cussy, l. c., e cap. 38, pag. 65-7.

(3) Op. cit., cap. 8, pag. 18, 19: " D'un jeune clerc natif d'Espagne..... Les plus sages faisaient grand doute qu'il n'eut acquis sa science par art magique et que ce ne fust l'Ante-Christ ou quelqu'un de ses disciples ".

frazionate andavano svolgendosi in modo del tutto indipendente, l'antico diritto del dominio cui tutte avevano appartenuto conservasse in tutte autorità di diritto comune. Ciò avviene nel tempo nostro fra i paesi di coltura britannica nei riguardi del diritto comune inglese, e ciò doveva avvenire nel medio evo nei riguardi dei maggiori sistemi di diritto barbarico e del diritto romano. Così nel nord dell'Europa le antiche leggi scandinave di Norvegia e d'Islanda conservarono il legame giuridico dei popoli scandinavi nonostante le loro divisioni politiche, furono l'illustrazione ed il commento più autorevole dell'antica purezza del diritto germanico, e resero possibili in quei paesi quelle manifestazioni di diritto uniforme che accennano ai nostri giorni a farvisi sempre più numerose.

Dopo la restaurazione dell'impero per opera di Carlomagno i capitolari franchi assunsero in gran parte dell'Europa continentale il carattere di diritto comune. In tal guisa per effetto dell'autorità effettiva un giorno acquistata e del prestigio conservato posteriormente, il diritto popolare d'una gente barbarica assumeva carattere generale per altre genti che appartenevano alla stessa famiglia etnica o che di quella avevano subìto un giorno il dominio e l'influenza (1). In molte parti d'Italia che maggiormente avevano risentito l'influenza del dominio longobardo, questo diritto conservava o divideva con quello romano l'autorità di diritto comune.

Ma questo carattere di superiorità e di generalità sempre più veniva riconosciuto al diritto romano, non nella forma completa del *corpus juris*, ma nella generalità dei suoi principii fondamentali, nelle parti più note e commentate dagli interpreti locali e nei compendii più usati nei varii paesi. E questa autorità che gli interpreti stessi delle leggi barbariche non avevano mai misconosciuta al diritto romano, diventava sempre maggiore per le ragioni che la ispiravano e sempre più concreta per l'aumentata conoscenza dei testi cui la sapienza giuridica romana era affidata. L'idea imperiale e quella della continuità dell'impero davano a quel rispetto del diritto romano una base politica; il culto della sapienza romana vi aggiungeva una base razionale; il concetto della fratellanza cristiana gli conferiva il prestigio d'una certa mistica rispondenza alla fratellanza esistente in tutta l'umanità. Anche presso i popoli germanici, fra i quali pur non aveva una tradizione nazionale, l'opera concorde dell'imperatore e dei giureconsulti potè

(1) Savigny, *Storia*, vol. I, §§ 47-50, ediz. cit., pag. 122-129.

conferirgli questa autorità superiore che, instaurando una certa unità nella grande varietà dei diritti popolari e locali, corrispondeva d'altronde ad una intima necessità delle cose (1). E ciò è tanto vero che nella Francia meridionale tale autorità della legge romana s'era affermata per moto spontaneo della coscienza popolare, sicchè San Luigi, anzichè imporne ne autorizzò il ricorso come a diritto comune (2).

Il diritto romano si presenta dunque tosto con un duplice carattere e con un duplice titolo della sua applicabilità. Nei paesi appartenenti all'impero era un diritto vivente che si collegava d'un lato al passato e dall'altro continuava ad elaborarsi perdendo nelle particolari applicazioni non poco della sua originaria purezza (3). Nei paesi non appartenenti all'impero aveva l'autorità d'un diritto che un tempo era stato in vigore per dipendenza territoriale e che poi vi continuava ad imperare, suscettibile d'interpretazione dottrinale. Nei primi rappresentava la legislazione d'una unità politica attuale, negli altri quella di un'unità morale e giuridica tradizionale, cui l'unità politica non corrispondeva più; era il patrimonio giuridico comune conservato da una famiglia di popoli non più vincolata da legami di dipendenza e di subordinazione (4).

Nell'uno e nell'altro modo della sua esistenza, il diritto romano aveva carattere universale e sussidiario. Universale perchè aveva autorità di diritto vigente, non soltanto nei limiti del territorio soggetto ad una sovranità, ma bensì su tutti i territorii appartenenti alla stessa famiglia di sovranità; perchè in ciascun paese aveva autorità territoriale in quanto alla sua applicazione a tutti i sudditi, mentre la sua autorità era più che territoriale in quanto vigeva, oltre i singoli confini degli Stati, egualmente in un gran numero di paesi. Era poi sussidiario per ciò che le sue norme non solo formavano qua e là la

(1) Stobbe, *Geschichte des deutschen Rechtes*, vol. I, ediz. 1860, pag. 624, n. 48.

(2) Masson, *Medieval France*, pag. 110.

(3) Bruns, *Das Heutige Römische Recht* nella *Enciclopedia* di Holtzendorff, vol. I, pag. 373 e seguenti.

(4) Bonifazio, *Comment. feudale*, Venezia, Bonvecchiato, 1844, pag. 241: " Dove le controversie non sono dalle sue *parti* (della legislazione veneta) decise, s'abbia ricorso alle romane leggi "; pag. 242: " Sapendo benissimo che il servirsi di queste leggi non inferiva alcuna soggezione all'impero; che se altramente fosse, nè anco sarebbono usate da tutti gli altri Re e Principi d'Europa, che parimenti nè l'Imperatore nè alcun altro superiore nei loro Stati non riconoscono... e fu formata in Italia da' nostri Italiani ". V. pag. 65, 66, 230 e 255.

base stessa del diritto positivo vigente, ma perchè a quel sistema si doveva ricorrere per attingere le regole di diritto ogniqualvolta queste mancassero nel diritto locale o questo non avesse disposto in modo contrario. Da tale duplice carattere di universalità e di sussidiarietà, derivavano due regole importanti anche nei riguardi del diritto internazionale privato: 1° Chi si richiamava al diritto romano aveva *fundatam intentionem*, cioè non aveva bisogno di provare che la legge in questione fosse in vigore, ma incombeva invece all'avversario di provare che qualche diritto statutario o consuetudinario vi si opponesse; 2° Ogni Statuto contrario al diritto romano, si aveva in conto di stretto diritto, e gli era attribuita una stretta applicazione sia nei riguardi interni, sia quanto all'espansione dei suoi effetti fuori del territorio.

Il concetto pertanto di un diritto comune in genere, ed in ispecie il diritto comune romano, pongono i rapporti del diritto internazionale privato in una condizione sostanzialmente diversa da quella notata presso i popoli antichi e da quella propria dell'epoca nostra. Nell'antichità ciascuno Stato si trovava nel perfetto esercizio della propria autonomia di fronte agli stranieri ed al regolamento dei loro rapporti privati, e quando la perfetta autonomia dello Stato e della sua legge territoriale nel commisurare i diritti degli stranieri ed il grado di applicazione della legge straniera trovavasi modificata, ciò avveniva o, come nel caso della Grecia, per effetto della pertinenza di più città elleniche ad una specie di federazione, o, come nel caso di Roma, per l'esistenza di varii Stati, autonomi dal punto di vista della rispettiva legge civile, che pur dal punto di vista politico erano tutti più o meno subordinati all'impero di un altro Stato.

Nell'epoca nostra gli Stati con diritto codificato o non codificato stanno l'uno accanto all'altro in condizione non solo di assoluta autonomia ma anche di assoluto isolamento legislativo; ciascuno applica nel proprio territorio le proprie leggi civili; ciascuno può in una certa misura consentire ad applicarvi le leggi civili straniere nei rapporti interessanti forestieri; ma essi non si riconoscono contemporaneamente soggetti tutti quanti ad una legge comune e superiore, che senza la sanzione dei legislatori rispettivi debba applicarsi dovunque come legge territoriale o come complemento della legge territoriale.

Tale invece fu la condizione del diritto romano quando il sistema della territorialità delle leggi sostituì in Europa quello della personalità. Mentre in antico e nel nostro tempo le leggi particolari dei

singoli Stati, si trovano esclusivamente l'una di fronte all'altra nel campo dei rapporti internazionali di diritto privato, nel Medio Evo e nel primo periodo dell'età moderna il regolamento internazionale di quei rapporti risultava, oltrechè dai principii accolti circa quell'applicazione nei diritti particolari, anche dall'influenza di un altro diritto, il diritto comune che soprastava a tutti e che tutti li moderava e li governava. E questo nuovo fattore doveva di necessità presentare sotto un nuovo aspetto i rapporti internazionali di diritto privato ed il loro regolamento.

89. — Mentre il diritto romano era, nella grande varietà medioevale, un elemento di coesione trasmesso dall'antichità, la Chiesa cattolica ed il diritto ecclesiastico elaboravano un altro fattore di unione nel seno stesso del medio evo. Ed anche in questo fenomeno apparisce un effetto dell'antichità romana, poichè da Roma la Chiesa ereditava ciò che quella città aveva avuto di più grande: l'universalità delle aspirazioni e del dominio. Roma rappresentava ormai la tradizione del dominio universale; in Roma erasi per la prima volta parlato di *mondo* e di *umanità;* quel terso cielo e quell'ardente sole italiano dovevano essere singolarmente propizi ad una religione che, nata sotto un altro sole, era di là appunto destinata a soggiogare e reggere con legioni di missionari e di vescovi quello stesso mondo e quelle stesse razze che avevano con varia fortuna affrontate le aquile romane.

A torto pertanto si affermerebbe che il cristianesimo non abbia avuto una grande influenza sullo sviluppo del diritto internazionale (1). Certo non gli si può disconoscere il merito d'aver resa possibile una base di società internazionale effettivamente e potenzialmente più larga di quelle che il mondo antico aveva conosciuto. Il mondo romano, che i barbari s'erano diviso, era già diventato cristiano, ed i suoi abitatori,

(1) Bluntschli, *Droit international codifié,* trad. par C. Lardy, Paris, Guillaumin, 1881, pag. 13-15; Laurent, Op. cit., vol. I, pag. 191, 2: " Nè in realtà nè in teoria esiste un diritto delle genti nei primi secoli dell'èra cristiana... è quasi ridicolo cercare le basi del diritto internazionale in una religione la quale predicava che da un giorno all'altro il mondo doveva finire ". Nel cosmopolitismo della Chiesa, come in quello del dominio romano, non si può parlare, secondo il Laurent, di diritto internazionale perchè v'era distrutto il concetto stesso di nazionalità. Il germe del moderno diritto internazionale si deve piuttosto cercare nell'individualismo dei barbari invasori. Cfr. contr. Savigny, *Sistema,* vol. I, pag. 35; Kent, *Commentaries on American law,* T. I, p. 10 e segg., ediz. 1873 e Phillimore, *International Law,* T. I, p. XIX, 3ª ediz., 1879 e T. IV, pag. 4, e pag. 10, 3ª ediz., 1889, London, Battermorth.

stranieri ormai gli uni agli altri in nome della politica, della sovranità e della lingua, erano fratelli in nome della religione. Così potè mantenersi fra tutti quei popoli un legame che rendendo possibile lo svolgersi a poco a poco del diritto delle genti cristiane, doveva precorrere il diritto delle genti della terra. Quella comunanza di fede che i nuovi popoli avevano nel cuore, essi non potevano dimenticarla perchè la contemplavano tutti ogni giorno visibile ed incarnata nel capo della Chiesa dal quale dipendevano e che legava e scioglieva da quella eterna Roma donde non partivano da tanti secoli che parole d'impero. Là si accentravano i loro sguardi, là chiedevano giustizia in confronto dei loro dominatori; là si rivolgevano per l'assoluzione dei loro peccati; là, in quella Roma immortale, gli uomini si trovavano un'altra volta eguali e fratelli in una soggezione spirituale ch'era pur diversa dalla servitù.

Fu appunto perchè ebbe in proprio favore tanta universalità di tradizione, che venne dato alla Chiesa di affratellare colla fede le genti disgregate e di imporre una legge al mondo colla sola forza del proprio nome. Erano partite da Roma, come un giorno le legioni di Cesare, anche le istruzioni e le benedizioni che accompagnavano i missionari in tante plaghe lontane destinate ad una conquista spirituale ben più duratura, e da Roma poteva il pontefice, come aveva affrontato Attila, continuar a domare i principi ostili.

Per tutto questo complesso di cause avvenne che la Chiesa di Roma vedesse l'origine di tutti i poteri politici che ora esistono nel mondo e di molti altri che, quantunque più giovani di lei, pur si sono andati logorando e cadendo. Essa, dice il Macaulay in un passo che è diventato ormai un luogo comune, era grande e rispettata prima che i Sassoni avessero messo piede nella Britannia, prima che i Franchi avessero passato il Reno, quando l'eloquenza greca fioriva ancora in Antiochia, quando gli idoli erano ancora adorati nel tempio della Mecca. E forse essa esisterà ancora quando qualche viaggiatore partito dalla Nuova Zelanda popolosa e civile, s'arresterà nel silenzio d'una vasta solitudine sulle rovine del ponte di Londra a disegnare i ruderi della Chiesa di San Paolo. Si può affermare che la supremazia spirituale arrogatasi dal papato, abbia prodotto in quei tenebrosi tempi più bene che male. Per essa le nazioni dell'Europa occidentale si trovarono congiunte le une colle altre come in una grande repubblica. Ciò che i giochi olimpici e l'oracolo di Pitia erano stati per tutte le città greche da Trebisonda fino a Marsiglia, Roma ed il suo

vescovo furono per tutti i cristiani di comunione latina dalla Calabria fino alle Ebridi. Così germogliarono e crebbero i sentimenti di più estesa benevolenza. Genti divise da mari e da monti riconobbero un vincolo fraterno ed un codice comune di diritto pubblico. Anche in guerra la condotta del vincitore era spesso mitigata dal pensiero che esso ed i vinti suoi nemici erano membri di una sola grande federazione (1). Nella comunanza della fede la società europea del medio evo trovò un punto d'unione e di fratellanza bastante ad impedire l'universale disgregamento. Tanto è vero che lo spirito politico delle società umane, come il loro genio artistico (2), ha la prima origine nel sentimento religioso e che nella concezione di Dio e nella storia delle religioni trovansi segnate le linee principali della storia dell'umanità (3).

Tale influenza si manifesta sopratutto per lo svolgersi spontaneo negli spiriti di una dottrina religiosa, l'efficacia intima della quale precede l'opera delle autorità ecclesiastiche che la rappresentano. Effetto sociale precipuo del cristianesimo fu quello di far penetrare nelle genti europee lo spirito e la coscienza della universalità, agevolando così il dominio del diritto romano, e preparando un concetto più vasto di società internazionale. Ma se l'ambiente risulta dal moto spontaneo degli spiriti, la nuova società spirituale non poteva essere organizzata e il diritto non ne poteva venir proclamato se non che per opera dell'autorità suprema che la rappresentava. Così sorse un altro diritto comune, ricco d'influenza nei rapporti fra gli Stati, ma non privo d'importanza nel campo dei rapporti privati internazionali: il diritto canonico; rappresentando pur esso, in sè e nell'autorità da cui emanava come nella condizione degli spiriti cui corrispondeva, un fattore che l'antichità aveva del tutto ignorato e che l'età moderna ha in gran parte disconosciuto.

90. — In antitesi colla uniformità di questi due sistemi universali di diritto, stava la grande diversità dei diritti particolari che erano rispettivamente territoriali nel più completo senso della parola,

(1) Macaulay, *Storia d'Inghilterra*, vol. I, cap. I, IV, traduz. di P. Emiliani-Giudici e *Saggio sulla storia dei Papi* del v. Ranke nei *Critical and historical essays*, vol. IV, pag. 99, Tauchnitz edition.

(2) Raffaele Mariano ha svolta magistralmente questa tesi nell'*Arte e religione*, Napoli 1893.

(3) Edgard Quinet, *Introduction à la philosophie de l'histoire de l'humanité: Œuvres complètes*, vol. II, Paris, Pagnerre, 1857, pag. 362, 374, 5, e Saint René Taillandier, *M. Edgar Quinet et ses œuvres* nella *Revue des Deux-Mondes*, 1° luglio 1858, pag. 127, 8, 176, 149-152.

perchè sanciti in modo indipendente dalla rispettiva sovranità del territorio, dovevano applicarsi, in questo soltanto, ai rapporti giuridici di tutti i sudditi. In quei diritti particolari ogni sovranità adottava il materiale giuridico tradizionale del paese che le apparteneva, o foggiava nuove regole adatte alle nuove condizioni ed ai bisogni peculiari della società che governava. Alcuni principi, come Federico II, cercano di unificare il diritto dei loro Stati sulla base di un alto controllo dello Stato sulle autonomie individuali e locali e secondo i criterii di una grande equità; altri sanciscono nelle leggi tutte le ineguaglianze e le iniquità che furono il prodotto della civiltà medioevale. Tutti tendono, quando credono di poterlo fare, all'unità della legislazione in tutta l'estensione dei rispettivi dominii; ma è assai raro il caso che quella uniformità di legge anche in uno stesso Stato si raggiunga, o che dalla uniformità un momento conseguita non risorga di bel nuovo la disformità. Tratto caratteristico delle istituzioni medioevali è l'autonomia; e conseguenza di questa è una gran fioritura di diritti provinciali e locali. Come i diritti particolari dei singoli Stati si sviluppavano e divergevano accanto al diritto comune civile ed ecclesiastico, così in ciascuna signoria rampollavano i diritti locali accanto al diritto generale dello Stato. Tutti rispettano un supremo signore, imperatore o re, ma come i re e i duchi in confronto dell'imperatore, così i signori subordinati e le città in confronto del re o della signoria cui sono soggetti, vogliono provvedere da sè ai proprii interessi particolari, si atteggiano a sovrani, e a poco a poco diventano sovrani territoriali (1), sia che il sovrano eminente concedesse (2), sia che tacitamente si acquietasse (3) a quell'autonomia legislativa che, svoltasi da principio come un complemento, si affermò poi anche come una modificazione del diritto comune.

La fioritura di diritti locali era tanto maggiore dove più completamente imperava il feudalismo. Scomparsa la distinzione degli abitanti secondo l'origine, si suddistingue il territorio secondo i castelli cui obbediscono le varie parti in cui la feudalità lo ha diviso. Vi sono castelli abitati da uomini le cui diverse origini, più o meno perdute nel passato, non hanno più alcun valore dal punto di vista politico, nè da quello del diritto applicabile alle persone ed ai rapporti giuridici,

(1) Schupfer, l. c., pag. 195-7.

(2) Macchiavelli, *Delle istorie fiorentine*, libro I (ediz. di Milano, 1804), vol. III, pag. 242.

(3) Muratori, l. c., pag. 348, 9 e Schupfer, l. c., pag. 290-292.

ed in ciascun castello vige una particolare consuetudine per tutti gli uomini fissati in quella parte del territorio (1). In Italia ed in Germania ebbe un notevole sviluppo il particolarismo del diritto statutario (2); in Germania fu pur notevole quello delle signorie fendali; in Italia queste non prevalsero che in alcune regioni (3), e le loro traccie vanno attenuandosi e scomparendo in non pochi territorii da esse dominati, per opera delle legislazioni posteriori (4). Dove sono prevalse fecero sentire sopratutto la loro influenza negli statuti rurali, che erano appunto diritti particolari svoltisi non già per movimento spontaneo di una legislazione locale, ma per effetto di concessioni largite dal signore alle popolazioni rurali che ne dipendevano.

Il diritto positivo del medio evo, dopochè scomparve il sistema delle leggi personali, continua dunque a presentare sotto altri rispetti una grande varietà. D'un lato un diritto uniforme, rispettato più o meno dovunque, sia come norma strettamente obbligatoria, sia come ragione scritta; dall'altro una gran moltitudine di diritti particolari che in parte completavano il diritto comune, ma in parte anche disponevano in senso del tutto contrario. Questa condizione del diritto positivo doveva di necessità produrre i suoi effetti anche nel diritto internazionale privato, poichè quanto più il diritto comune si riteneva intrinsecamente superiore al diritto particolare, tanto più questo, mettendosi in collisione con quello, doveva trovare un ostacolo alla efficacia estraterritoriale delle proprie norme.

Ed un altro ostacolo doveva opporvi, dove prevaleva, la feudalità. Fra questa e l'assoluta esclusione d'ogni applicazione di legge straniera, esiste un nesso necessario. Nel concetto feudale della sovranità questa infatti si confonde colla proprietà, ed il rapporto personale fra l'individuo da una parte e la sovranità e la legge dall'altra, diventa subordinato al rapporto territoriale fra il principe ed il territorio. L'essere nel territorio importa pertanto soggezione completa alla sovranità che vi impera, e l'essere soggetto di diritti in un territorio non può concepirsi se si prescinde dal concetto della sudditanza. Perciò alla sovranità ispirata a concetti feudali dovevano

(1) Lainé, *Introduction au droit international privé, conténant une étude historique et critique de la Théorie des Statuts.* Paris, Pichon, 1888, vol. I, pag. 62, 3.

(2) Eichhorn, vol. II, pag. 318-320.

(3) Sclopis, vol. I, pag. 81, 2.

(4) Gabriele Rosa, *Archivio storico ital.*, serie terza, vol. XX, anno 1874, pag. 156, 163; *Gli Statuti del Comune di Padova.*

ripugnare del tutto quelle concessioni relative ad una certa applicazione di legge straniera nel territorio, che pur non ripugnano alle sovranità contemporanee, ed erano ammesse in qualche misura anche da Stati progrediti dell'antichità.

Tali peculiarità del diritto medioevale, che sono il diritto comune, i diritti locali, e la feudalità, devono tenersi presenti per comprendere lo sviluppo successivo del diritto internazionale privato ed il vario indirizzo da esso seguìto, a partire dal secondo periodo del medio evo, nei varii paesi d'Europa.

91. — La conclusione delle ricerche cui è stato dedicato questo capitolo si potrebbe riassumere in cinque punti principali:

1° Il sistema medioevale della personalità delle leggi è, quantunque in parte analogo, pure essenzialmente diverso dalla personalità del diritto internazionale privato, come il sistema dei diritti territoriali che lo sostituiva è intimamente diverso da quel sistema di diritto internazionale privato che ora dicesi informato alla territorialità della legge. La personalità delle leggi nel senso medioevale implica applicazione di leggi diverse ai cittadini dello stesso paese che abbiano diverse origini. La personalità della legge nel diritto internazionale privato implica invece un'azione estraterritoriale delle rispettive leggi nazionali che in qualche misura possono seguire gli individui fuori del territorio cui politicamente appartengono. La territorialità delle leggi d'un singolo Stato (concepita in opposizione alla personalità nel senso medioevale) è intimamente diversa dal sistema della territorialità della legge nel diritto internazionale privato, perchè mentre colla prima espressione si intende significare l'applicazione di una sola legge di diritto privato a tutti i sudditi nei limiti del territorio, colla seconda si intende indicare l'applicazione esclusiva, in ciascun territorio, della legge nazionale anche in confronto degli stranieri e dei loro atti e rapporti giuridici.

2° Per non generare confusione pertanto, la personalità medioevale del diritto, dovrebbe dirsi, come la chiama il Gaupp, « sistema dei diritti particolari di razza » (Stammrechte), e la territorialità del diritto che l'ha sostituita dovrebbe indicarsi col nome di « unificazione del diritto privato » nei varii paesi. Così l'applicazione di diritti diversi ai cittadini di diversa origine, che è spediente transitorio suggerito in uno Stato dalle necessità della convivenza di elementi diversi, sarebbe ben distinta, anche nella dizione usata per designarla, da quell'applicazione agli stranieri, nei limiti consentiti dal diritto

pubblico dello Stato dove vanno o possiedono od agiscono, del loro diritto particolare, applicazione che può essere un sistema definitivo e rappresenta l'ideale del diritto internazionale privato. Ma poichè la confusione generata da formule nuove e pur più corrette, elide sovente nella pratica il vantaggio derivante dall'aver eliminata un'altra confusione anteriore, ho preferito accettare l'usata terminologia, tenendo sempre presente la diversità intrinseca che esiste nei due casi sotto l'identità apparente della formula.

3° Quel sistema dei diritti di razza non escluse, dov'era in vigore, anzi con esso andò di pari passo, una certa ammissione, nei riguardi dei forestieri, di norme propriamente dette di diritto internazionale privato. Ciò è provato da più d'una disposizione dei diritti barbarici (1); ed è probabile che tali norme siano state fin da principio note e praticate dalle genti germaniche e che la così detta personalità delle leggi non sia stata che un allargamento ed una consolidazione di quelle regole (2), imposta e consigliata dalle circostanze, anche dopo che fra i soggetti di quei rapporti era venuta meno l'estraneità politica. L'analogia del sistema dei diritti di razza col diritto internazionale privato risulta da ciò: che i criterii di competenza indicanti, nei rapporti fra più razze coesistenti nello stesso paese, quale legge *personale* debba di volta in volta prevalere, sono di necessità analoghi ai criterii di competenza indicanti quale legge *nazionale* debba prevalere nei rapporti fra individui appartenenti a Stati diversi. Sicchè il sistema dei diritti di razza svolge, a dir così, un materiale che, mercè dell'analogia dei rapporti, non è del tutto perduto per il diritto internazionale privato. Che poi il sistema dei diritti di razza, praticato nei rapporti fra cittadini di uno Stato, non escludesse l'esistenza e la pratica contemporanea di certi principii di diritto internazionale privato quanto ai rapporti fra quei cittadini e gli stranieri, par naturale anche per ciò: che Stati non ripugnanti dal conservare in vigore i diritti diversi dei proprii sudditi, secondo le indicazioni della diversa origine rispettiva, tanto minore ripugnanza devono sentire dall'ammettere un certo riconoscimento del diritto nazionale degli stranieri nel proprio territorio.

4° In Italia il sistema dei diritti di razza si collega in ordine di tempo, da un lato ai principii del diritto romano, dall'altro alla

(1) V. pag. 234 e segg. e 245.
(2) V. pag. 197.

dottrina degli statutarii. Si può dire dunque che nel nostro paese una completa esclusione del diritto straniero nel regolamento dei rapporti giuridici interessanti i forestieri non abbia esistito mai; e che il sistema della applicazione a tutti gli abitanti della legge territoriale, in quanto ha prevalso più tardi fra noi nella dottrina e nella pratica, sia stato un riflesso di dottrine e di pratiche straniere, del tutto in opposizione colle tradizioni italiane. E che così fosse è provato dalla dottrina di diritto internazionale privato sôrta e sviluppata in Italia per opera dei giuristi che vi fiorirono sul finire del medio evo e sul principio dell'età moderna.

5° Dal sistema della territorialità vigente nel diritto privato di ciascuno Stato, non segue necessariamente in quello Stato la esclusione del diritto straniero quanto ai rapporti interessanti i forestieri. Anzi in quel sistema apparisce più stretto il legame fra il diritto privato e la cittadinanza politica, e più chiaramente indicata la legge competente. Tanto è vero che nell'epoca moderna appunto sulla base del sistema delle leggi territoriali, nei singoli Stati si svolge sempre più largamente il sistema di diritto internazionale privato. Ciò che si oppose in un certo grado all'applicazione, secondo queste naturali norme di competenza, del diritto straniero, fu il prestigio del diritto comune. Ciò che vi si oppose in modo assoluto fu lo spirito feudale ed il concetto feudale della sovranità; sicchè dove questo e quello più completamente imperano, più completa è l'esclusione del diritto straniero. Questa non è dunque una conseguenza della territorialità delle leggi; ed è pertanto opportuno ricercare comparativamente, se, ed in quale misura, unificato il diritto privato nei singoli territorii, vi abbia prevalso l'esclusione o vi sia stata ammessa l'applicazione del diritto straniero.

CAPITOLO SETTIMO

SVILUPPO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO IN ITALIA

92. Sovranità autonome e sovranità subordinate. — 93. Varietà e subordinazione dei diritti particolari. — 94. Diverse specie di stranieri e varietà della loro condizione. — 95. Emigrazione dei sudditi e condizione degli emigrati temporarii rispetto allo Stato. — 96. Stranieri di condizione inferiore e sudditi assimilati a stranieri. — 97. Cittadinanza originaria od acquisita per matrimonio; espatriazione. — 98. Naturalizzazione, suo concetto fondamentale e sue condizioni. — 99. Effetti della naturalizzazione individuale e collettiva. — 100. Stranieri, diritto di passaggio o stabilimento; uffici vietati o riservati. — 101. Proprietà di cose mobili e diritto di naufragio. — 102. Cose immobili; acquisto di proprietà a titolo oneroso. — 103. Diritto di albinaggio. — 104. Esercizio di professioni e del commercio. — 105. Protezione giudiziaria dello straniero. — 106. Magistrature speciali e rappresaglie. — 107. Autorità del diritto comune romano ed avanzi della potestà imperiale. — 108. Altri diritti comuni; validità e invalidità degli Statuti; caratteri particolari del diritto internazionale privato. — 109. Primi fattori del sistema di diritto internazionale privato. — 110. I glossatori, i commentatori e la loro dottrina. — 111. Stato e capacità della persona; dottrina originaria dell'applicazione stretta degli Statuti. — 112. Territorialità ed estraterritorialità delle leggi relative allo stato ed alla capacità delle persone. — 113. Leggi e sentenze straniere. — 114. Procedura; legge del fòro e legge straniera. — 115. Cose e concetto dello statuto reale. — 116. Contratti; regolamento della loro essenza e della loro forma. — 117. Matrimonio; rapporti economici fra coniugi. — 118. Successione intestata. — 119. Successione testamentaria; forma e contenuto del testamento. — 120. Limiti all'applicazione della legge penale agli stranieri nel territorio. — 121. Applicazione della legge penale ai cittadini fuori del territorio. — 122. Sua applicazione agli stranieri delinquenti fuori del territorio ed effetti della sentenza penale. — 123. Indirizzo successivo della dottrina del diritto internazionale privato in Italia.

92. — Mentre le vicende del medio evo distruggevano sempre più completamente le traccie dell'antica potenza di Roma, e rendevano l'Occidente sempre più straniero all'Oriente, dove quella potenza si manteneva, due concetti del tutto romani però sopravvivevano: l'universalità del diritto e la supremazia imperiale. Con Carlo Magno, anzi, quest'ultimo concetto apparve ancor più assoluto del primo. L'universalità del diritto romano aveva infatti pur sempre carattere d'elemento sussidiario ed integratore e tutt'al più moderatore dei diritti particolari. La supremazia imperiale consideravasi invece dopo

Carlo Magno una vera sovranità cui ogni potere mondano restava subordinato (1). Tale sovranità però non si fece valere effettivamente fin da principio e molto meno fu rispettata nelle generazioni successive, in modo così universale ed assoluto come avrebbe richiesto la teoria su cui si fondava; nè, dove pur era senza riserve riconosciuta, manifestava in modo esclusivo la pienezza de' suoi effetti (2).

Le singole città soggette all'imperatore non avevano mai abbandonata del tutto la facoltà di regolare in modo obbligatorio certi atti e certi rapporti relativi alla loro vita interiore (3); e tale facoltà che dall'imperatore era talora tollerata tacitamente, e talora misconosciuta, veniva spesso riconosciuta espressamente da quello, così da attribuire a quegli atti locali, relativi sia alla legislazione, sia agli altri attributi della sovranità, anche secondo la più rigida dottrina della supremazia imperiale, un carattere non dubbio di legalità (4).

Con diverso titolo dunque pretesa da chi la esercitava, e riconosciuta in diversa misura da chi poteva aver interesse ad impedirla, veniva svolgendosi ben presto, subordinatamente all'impero,

(1) In una condizione territoriale del tutto diversa si applicava la norma di diritto romano (L. 9 Dig. *De Leg. Rhodia de jactu*, XIV, 2) che l'imperatore è " mundi dominus „ e la si estendeva affermando (Giason del Mayno, cons. 70, vol. III) " ut etiam omnes reges dicantur esse sub Imperatore „.

(2) Bart., Ad lib. I Cod. *De Summa Trinitate*, 2.

(3) Muratori, *Dissertaz.* citate, vol. I, Dissertaz. XVIII, pag. 242, 4, 5, 7, e 253, 4, 5; Sclopis, vol. I, pag. 136, 7, 9 e 178; Savigny, *Storia del diritto romano nel medio evo.* Trad. it., Firenze, Battelli, 1846, vol. I, cap. II, pag. 39-87 e vol. II, cap. XIX, pag. 72.

(4) Albericus a Rosate, *De Statutis*, lib. III, Quest. 19, n° 4: " Puto de stricto jure civitates et regna jus fisci non habere... exceptis civitatibus Lombardiae... quibus concessum fuit per Imperatorem quod haberent merum et mixtum imperium et regalia, et ideo dicerem de quibuscumque civitatibus et dominis habentibus merum et mixtum imperium ab Imperio „. E Ottone di Frisinga dice a tale proposito: " In civitatum institutione, ac reipublicae conservatione antiquorum Romanorum, solertiam ita imitati Lombardi sunt ut Imperii insolentiam fugientes consulum potius quam potestatum regi voluerint arbitrio „. — Eichhorn, vol. II, pag. 200 e 208-214, § 260, 3 per le città tedesche e Sclopis, vol. I, pag. 147, 8 e 162, 3 per le italiane, e Car. Sigonius, *Histor. de regno Italiae*, Francofurti, ap. Wechelii heredes, MDXCI, lib. VII, an. 973, pag. 175: " libertatem autem civitatum in eo (Ottone il grande) fere posuit ut leges, consuetudines, jurisdictionem, magistratus, vectigalia sui ferme juris atque arbitrii haberent ita tamen ut sacramentum regibus dicerent „. E Gabriele Verri nelle *Constitutiones dominii Mediolanensis, decretis et senatusconsultis nunc primum illustratae* curante comite Gabriele Verro, Editio undecima, *Accessit prodromus de origine et progressu juris mediolanensis, eodem authore*, Mediolani, Malatesta, 1747, aggiunge: " ... supremo tantum S. R. Imperii jure ut decebat, manente „.

una notevole autonomia, feconda di varietà, nel campo del diritto privato.

Ma se, per tutti i territorii soggetti all'impero, tale autonomia legislativa poteva considerarsi, anche quando di fatto non era, come nel caso dei cantoni svizzeri, del tutto subordinata e delegata, essa era piena ed assoluta per tutti quei paesi non soggetti nè di nome nè di fatto alla potestà dell'imperatore. Tale fu la dottrina prevalsa senza contrasto in Inghilterra (1) e così conchiudeva nel nostro stesso paese anche Baldo, quantunque, per salvare la dottrina medioevale dell'autorità imperiale, ritenesse che « inspecta potestate quam Imperator habet de jure civili, potest imponere legem toti orbi », ma « inspecta voluntate Principis » soggiungesse che « Imperator non vult imponere legem populis qui non obbediunt, nec est spes quod obediant, ne lex sua sit ludibrium et in vanum posita » (2). In questo caso e senza quelle restrizioni del proprio potere legislativo, si trovavano nel nostro paese tutte le città e i principati autonomi che andarono sorgendo nel secondo periodo del medio evo. Quantunque la tradizione del passato vi conservasse il carattere superiore ed integratore del diritto romano, pur il nuovo sviluppo della legislazione non era subordinato ad alcuna volontà superiore a quella della sovranità locale. Tale era il caso della Repubblica di Venezia, dei principi di Savoja e d'altri Comuni e principati italiani.

Sotto questi principati indipendenti si ripeteva, analogamente a ciò che avveniva sotto l'autorità imperiale, la formazione di una serie

(1) Sir Matthew Hale, *History of the Civil Law* e Sir William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England; Introduction*, sect. III, formulano questa dottrina ascrivendo il diritto romano e canonico, nelle loro parti vigenti in Inghilterra, alla categoria del diritto non scritto: " because it is most plain that it is not on account of their being *written* laws that they have any obligation within this kingdom; neither do their force and efficacy depend upon their own intrinsic authority..... They bind not the subjects of England, because their materials were collected from popes or emperors, were digested by Justinian, or declared to be authentic by Gregory..... for the legislature of England doth not, *nor ever did*, recognize any foreign power as superior or equal to it in this kingdom; or as having the right to give law to any, the meanest of its subjects ". — V. Bald., ad lib. primum Digest., *De justitia et jure*, lib. IX, § 1: Jus commune appellat hoc jus civile ubi viget ejus auctoritas, sed ubi non viget, tunc vocatur jus commune idest jus communissimum, idest jus gentium, jus proprium appellat propriissimum idest proprium statutum quod sibi quilibet populus constituit ".

(2) Bald. in *Primum Codicis Praelectiones*, Lugduni 1561; L. Cunctos Populos, *De Summa Trinitate et fide catholica*, § 1, e tale divenne poco a poco l'opinione comune.

assai varia di parziali autonomie locali ed amministrative, sia che frazioni del territorio soggetto a poco a poco le sviluppassero, sia che, paesi novellamente assoggettati, in tutto od in parte riuscissero a conservarle. In tali casi le città, dipendenti da qualche principe o da qualche altra città più potente, non avevano facoltà di fare statuti validi se non che col permesso preventivo o colla successiva approvazione del principe da cui dipendevano (1) che talora reagiva, negando l'approvazione ai mutamenti fatti senza il suo consenso. Gli statuti così confermati ed autorizzati erano leggi locali del principato (2) e diritto territoriale della città (3). E mentre nel dominio veneto, colla riserva di tale subordinazione, le città e le terre soggette ritenevano i rispettivi statuti e consuetudini, salvo una prevalenza sopratutto sussidiaria del diritto della città dominante, analoga a quella del diritto comune, altrove invece si tendeva ad unificare il diritto per opera della comune sovranità, non lasciando agli statuti ed alle consuetudini locali che una funzione sussidiaria (4).

93. — Lo sviluppo dei diritti particolari e specialmente degli statuti comunali in Italia si aggira intorno ai tre concetti fondamentali cui son venuto accennando. Il punto di partenza era stata la subordinazione delle legislazioni locali all'impero; poi alcune di quelle si svolsero in modo indipendente e sovrano, altre subordinatamente alla sovranità d'una città o d'uno Stato preponderante. Nell'età aurea dei Comuni, nei secoli XIII e XIV, prevalsero il carattere sovrano del Comune e l'autonomo sviluppo degli statuti corrispondente all'autonomia delle giurisdizioni locali; nelle epoche successive, consoli-

(1) Baldus, *Tractatus de Statutis, alphabetico ordine congestus* a Sigismundo, ejus pronepote: v. *Populus* e vv. *Statuere, Statutarii, Statutum*, § 25. Statuta approbata per superiorem, possunt revocari per populum secundum Bartolum, quod Baldus non credit verum, sed est necesse quod superior approbet revocationem „. V. *Proemio alla revis. del* 1420 *dello Statuto di Padova*.

(2) Peregrini, *Consilia sive responsa juris*, vol. IV, cons. XX, nn. 54, 5, circa i diritti locali delle regioni venete.

(3) Sclopis, vol. II, pag. 176, n. 1. Bolla di Bonifacio VIII per i privilegi di Civita papale.

(4) *Proemio alle Costituzioni milanesi del* 27 *agosto* 1541: " Carolus V Divina favente clementia, etc., etc. ... Quod ut robur obtineat hac nostra sanctione decernimus, omnes constitutiones in hoc codice comprehensas inconcusse servari debere, reliquis omnibus antiquatis..... Curabunt igitur Senatus, ceterique magistratus et judices ut haec palam innotescant et ab omnibus observentur, Statutis civitatum et locorum et aliis constitutionibus contrariantibus nequaquam attentis „.

dandosi l'esistenza dei varii Stati, prevalse il carattere subordinato delle autonomie locali e il valore sussidiario della legislazione particolare svoltasi per delegazione della sovranità predominante nelle località che in quelli Stati erano comprese.

Queste pertanto, sia per sviluppo prevalentemente autonomo prima, sia più tardi per sviluppo subordinato, o per autorizzata conservazione delle antecedenti disformità legislative, mantennero una varietà di diritti privati difficile a concepirsi nell'interno di uno stesso dominio da chi è abituato al nostro concetto contemporaneo dello Stato unitario, ma che era in parte il risultato ed in parte la sopravvivenza di quel concetto medioevale, secondo il quale l'esistenza di una comunità importava per quella anche il diritto di regolare da sè i proprii interessi (1). Questa legislazione si pareggiava pertanto, quanto al suo titolo, ad un contratto fra gl'interessati, così da autorizzare ad emanare di tali ordinamenti anche una congregazione espulsa dal proprio territorio (2), e da ispirare una varietà di legislazioni che, anche sparito il concetto fondamentale di diritto pubblico su cui si

(1) Baldus, ad lib. I Dig., *De just. et jure*, L. IX, § 1: " Omnes populi possunt facere sibi statuta ". Colla quale massima concilia l'altra (v. pag. 268, n. 2) — che riserva l'autorità dei superiori — limitando questa autonomia agli statuti che sono perfetti secondo i principii assoluti del diritto, mentre ammette d'altronde che la convalidazione di un superiore non basterebbe a rendere valido uno statuto ingiusto. Baldo, nº 8 in fine. Nel l. c. del *Commento* al I libro del Digesto, § 4-6, pare, a dir vero, che professi una diversa dottrina, ma giunge poi nello svilupparla alla stessa conciliazione: " Modo restat videre nunquid in tali statuto requiratur auctoritas superioris; et videtur quod non, quia populi sunt de jure gentium: ergo regimen populi est de jure gentium..... sed regimen, non potest esse sine legibus et statutis: ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse: sicut omne animal regitur a suo spiritu proprio et anima et si bene se regit non potest superior se impedire, quia propter bene viventes non sunt factae leges sed propter errantes..... Si statuta sunt bona..... non indigent alio directore quia confirmata sunt ex propria naturali justitia..... Praeterea populi prohibentur statuere illicita ". E procede esponendo su questa base i limiti della potestà legislativa particolare. Peregrini, *Decisiones patavinae*, Padova, Frambotti, 1661, pag. 336, 4; Alberico da Rosate, op. cit., lib. II, Quest. 170; Alexander de Tartagnis, *Cons.*, vol. I, cons. LIX, dove esamina la questione della conferma da parte del papa di statuti relativi al giuramento, e delle varie forme in cui può essere espressa. Ediz. Venezia, 1499, pag. 59*t* e 60*v*.

(2) Baldo in Cod. *De Summa Trinitate*, § 11: " Queritur utrum universitas expulsa de proprio territorio possit alibi se congregare et statuere, et videtur quod non... In contrarium est veritas, quod non est jurisdictionis contentiosae sed voluntariae, et ideo habentes ordinariam potestatem possunt in se ipsos exercere ubique locorum ".

fondavano, dovevano persistere lungamente in certe proporzioni, conservando il substrato ed elaborando le ragioni d'un sistema di diritto internazionale privato.

Lo sviluppo di varietà nuove nelle legislazioni particolari delle singole località venne soltanto col procedere del tempo in gran parte impedito e le varietà già esistenti vi furono attenuate per un doppio ordine di cause. La perduta autonomia dei Comuni, distruggendo nel campo politico, doveva diminuire di molto anche in quello giuridico la loro individualità, sia subordinandovi ad una volontà superiore comune lo sviluppo rispettivo della legislazione, sia sovrapponendovi un doppio ordine di diritti comuni: quello romano universale, e quello particolare dello Stato in cui tutti quei Comuni erano compresi (1). Inoltre i progressi della scienza giuridica, da un lato creavano un'influenza uniformemente operante in gran numero di paesi, dall'altro ispiravano uniformemente la giurisprudenza dei tribunali che finiva per prevalere alla legge scritta (2) dovunque diventava costante.

Finchè tale varietà di diritti persistette, le leggi locali si trovarono di fronte ad un doppio ordine di limiti: di luogo e di materia. Dal primo punto di vista la loro efficacia era nell'origine strettamente territoriale (3); dal secondo competeva loro una larghezza di autonomia corrispondente al grado della indipendenza politica (4). Col progredire del tempo le sorti di questi limiti furono invertite. Gli statuti ch'erano, nel primo periodo della loro esistenza, strettamente territoriali, subirono più tardi certe regole d'applicazione estraterritoriale precorritrici del diritto internazionale privato. La loro materia non era originariamente, durante il sistema delle leggi personali, il diritto civile, bensì la pubblica amministra-

(1) Peregrini, *Cons.*, vol. VI, Cons. 16, nn. 8 e 9, e vol. IV, Cons. 20, n° 2; V, Cons. 28, n° 3 e Peregrini, *Decisiones Patavinae*, Padova, Frambotti, 1661, pag. 3, n° 8 circa il rapporto fra lo statuto di Padova e il diritto comune veneto.

(2) Sclopis, *Storia*, vol. II, pag. 156, 7.

(3) *Statuti di Padova*, Rubrica sesta, Statuto primo. Potestà Matteo de Corriggia nel 1280: " ..... nemo gaudeat commodi statutorum Communis Paduae, nisi sit in Datia communis Paduae et faciat atque attendat onera et factiones Communis Paduae ".

(4) Sclopis, vol. I, pag. 167. V. per il diritto veneto Peregrini, *Cons.*, vol. IV, Cons. 21, n° 40 e 101, n° 4. De Ferrariis, *Aurea practica*, Venetiis, ap. Zilettum, 1580, pag. 27, col. I, n° 16: " tantae potestatis est statutum in sua civitate quantae est lex communis in suo universo ".

zione (1). Più tardi si estese a tutto il campo dei rapporti privati, salvo sempre le disposizioni proibitive del diritto civile (2), e nel regolamento di quelli fu tanto maggiormente limitata, quanto più i Comuni perdettero l'autonomia ed invalse la massima non essere legati i principi dagli statuti dei sudditi (3), e quelli invece poter far inserire aggiunte e correzioni nelle leggi particolari di questi. Così le fonti delle legislazioni particolari, che erano state da principio più varie, venivano ad un tempo semplificandosi ed avvicinandosi, e le particolarità legislative diventavano sempre meno operose. Le diversità delle leggi locali erano pertanto sempre più attenuate e disciplinate nelle leggi particolari dei varii Stati, in guisa da preparare i materiali e l'ambiente, in Italia come fuori, alle grandi legislazioni unificate.

Il mutamento verso l'unità doveva essere però nei varii paesi lento e quasi non appariscente, perchè, come ai tempi nostri, si affermò anche durante quel periodo la massima che la conquista e l'annessione di un territorio ad uno Stato non esercitino se non che in minimo grado influenza sul diritto privato di quello. Su tale questione Oldrado, Guglielmo, Cino e Baldo avevano disputato, concludendo che il diritto del paese conquistatore si estenda al paese conquistato solo nel caso che questo sia stato incorporato in quello con perfetta fusione ed unità di reggimento, ma non già se entrambi non siano ridotti *sub uno praeside* e continuino a formare *diversa dominia* (4). Questa dottrina fu intesa e praticata sempre più largamente, sicchè, mentre si accelerò nelle diverse regioni il movimento verso il raggruppamento politico delle singole località in varii Stati, fu lentissimo, nei limiti rispettivi dei singoli Stati, il movimento verso l'unificazione del diritto privato, e dal punto di vista di quest'ultimo continuarono ad essere rispettivamente straniere fra loro regioni che non erano più tali dal punto di vista della dominazione politica. Così gli elementi dei rapporti privati internazionali, e la dottrina e la pratica del diritto internazionale privato perdurarono, non solo nelle relazioni fra Stato e Stato, ma anche in quelle fra le varie regioni di uno stesso territorio,

(1) Buoncompagni ap. Schupfer, *St.* cit., pag. 253: " Quae libet civitas in finibus Italiae sua fecit Statuta seu constitutiones quibus potestas vel consules publica exercent negotia et puniunt excedentes ".

(2) Alberic. da Rosate, *De Statutis*, lib. I, Quest. VII, n° 2, XIV; n° 4; XV, XVI; lib. II, Quest. CXXII, CLXIX, CLXX.

(3) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. IV, n° 11.

(4) Bald., *De Statutis*, v. *Statutum*, § 39.

per molto tempo dopo la cessazione delle condizioni politiche che v'avevano dato nascimento.

94. — Tanta diversità nel grado di fusione fra le varie parti di un medesimo Stato, e la diversità di condizioni e di circostanze in cui persone non pertinenti ad un territorio potevano venir a dimorare nei limiti di quello, facevano sì che la denominazione *straniero* non avesse sempre e dovunque un identico significato, e che la legge dei singoli territorii dovesse contemplare diverse categorie di forestieri. Stranieri in grado minimo, ma pur sempre stranieri per la diversa legge civile che li governava e per la minor somma di diritti e di facoltà che loro veniva attribuita, erano in molti paesi quelli che si riducevano ad abitare in una località da altre parti del territorio del medesimo Stato. Così la legge veneziana distingueva la pienezza dei diritti attribuita ai sudditi veneziani, dai diritti diminuiti dei sudditi veneti dimoranti a Venezia, ed entrambe tali condizioni da quelle dei *sudditi alieni* (1). La legge d'una città soggetta ad uno Stato considerava invece stranieri i cittadini di un'altra città soggetta al medesimo Stato. Tale era, per esempio, a Padova la condizione dei Vicentini, Veronesi e Bresciani, pur tutti sudditi della Repubblica veneta. A Brescia era pur tale la condizione degli altri sudditi, escludendosi la denominazione e la condizione di stranieri soltanto per quelli nati nel territorio immediatamente soggetto alla città (2) e per i cittadini della città dominante che vi godevano la pienezza dei diritti e che potevano invocare anche le norme della propria legge per regolarli (3).

In contrasto completo con questi stranieri in grado minimo che, o per privilegio risultante dalla supremazia politica erano equiparati ai cittadini, o per effetto della pertinenza al medesimo dominio erano più o meno avvicinati alla condizione di questi, stavano gli stranieri in grado massimo, quelli che il diritto veneto chiamava *forastieri non sudditi* o *forastieri alieni*, e rispetto ai quali le leggi locali spiegavano tutto il proprio rigore nella esclusione dai

(1) V. per es. *Novissima Veneta Statuta*, Venetiis MDCCXXIX, ex Typ. Pinelliana, pag. 166 e 237 *t*.

(2) Alberto Bruno, *Commentarii super statutis excludentibus foeminas et cognatorum lineas a successione*, art. VI, nn. 22, 23 e 70, ediz. Venezia 1584; Peregrini, *Decisiones Patavinae*, Decisio LXXXVI, § 5, Padova, Frambotti, MDCLXI, pag. 225, col. 2 e 226, col. 1.

(3) Alberto Bruno, *Commentarii super statutis excludentibus foeminas et cognatorum lineas a successionibus*, art. VIII, n° 132. Ediz. citata.

diritti, e contenevano nei limiti più ristretti la concessione dei privilegi (1).

Tra questi forestieri, nel senso assoluto e moderno della parola, v'era pur luogo a distinguere da un duplice punto di veduta. Talora in un territorio, collo scopo di migliorare la popolazione, o di aiutare un movimento religioso, o di farvi fiorire un'industria, venivano invitati o gli stranieri in genere o determinate categorie di stranieri, allettandoli colla promessa di una condizione privilegiata. Così avvenne dovunque dopo una guerra devastatrice fino dai tempi più antichi; e così accadde a cominciare dal 1500 in molte nuove colonie europee a favore degli stranieri in genere e in molti paesi d'Europa a favore dei fuorusciti d'altri paesi, vittime della persecuzione religiosa; e, per effetto delle condizioni locali, in tutti i paesi e Comuni, dove un aumento di popolazione o d'un determinato elemento di popolazione consideravasi come necessario. Di tale specie era l'ordinamento del Comune di Moncalieri del 13 febbraio 1588, secondo il quale i lavoratori manuali e ministeriali che vi si fossero recati ad abitare sarebbero stati esenti da ogni esercito o cavalcata del principe o del Comune, e anche da guaite, scaraguaite, taglie, prestiti ed altre imposizioni dal Comune, per il termine di cinque anni, sostenendo i soli carichi gravanti sugli altri comunisti per le possessioni che avessero acquistate (2). In tal guisa un'altra categoria di stranieri privilegiati si formava per cause diverse in molti paesi, sia per un tempo indeterminato, sia per un limitato periodo di tempo, durante il quale lo Stato o la città dove quelli si recavano erano obbligati in una certa misura verso di quelli come da un contratto (3).

Indipendentemente da queste promesse antecedenti e genericamente espresse, trovavansi poi in una vera condizione privilegiata gli stranieri stabiliti da un certo periodo di tempo nel territorio. E se ciò era in ogni modo giustificato in una certa misura dalla ragione, doveva verificarsi molto più completamente dove e quando il concetto feudale della sudditanza derivante dalla connessione della per-

(1) V. *Statuti veneti*, ediz. cit., pag. 237*t* e 238*v*. Ordine in Maggior Consiglio del 24 agosto 1516: " Che li forestieri non sudditi si possino affidar nella persona solamente ", e pag. 200 l'ordine del Maggior Consiglio del 21 settembre 1655 " in materia de sollecitatori ".

(2) Schupfer, Op. cit., pag. 273, 4.

(3) M. A. Peregrini, *Consilia*, vol. I, Cons. XIII, § 21.

sona con un dato territorio, prevaleva sul concetto romano o barbarico del suo collegamento con una società politica o con una schiatta. Nel ducato di Milano, regolando le condizioni alle quali gli stranieri erano ammessi ad entrare nei territorii soggetti, la legge aggiungeva che stranieri erano coloro che « non fossero naturali dello Stato o non vi avessero abitato per dieci anni continuamente » (1). Nel senso assoluto ed etimologico veniva inteso l'obbligo della notificazione degli arrivi richiesta per la sorveglianza della polizia sugli stranieri che arrivavano, nel qual caso (2) si intendeva per forestiero « non naturale di questo Stato ».

E la grida del 9 agosto 1633, mentre proibiva ai forestieri di portare armi, aggiungeva: « non s'intenda per forestiero quello che averà almeno da tre anni in qua continuamente habitato nello Stato, havendo però beni in esso, overo facendo qualche esercitio col quale acquista il vivere a se et alla famiglia sua, nè quelli che sono in questo dominio, nè gli soldati e stipendiati di S. M. ». In tal caso si afferma quello stesso ordine di privilegi considerati come una conseguenza dello stabilimento nel paese, che dai metéci di Atene, agli autorizzati a stabilire il domicilio nella Francia contemporanea, ha ormai una tradizione non interrotta nella storia del diritto.

A Venezia si consideravano pure gli stranieri stabiliti da un certo periodo di tempo, come una classe privilegiata fra i forestieri. Così regolando nel 1620 e nel 1655 l'esercizio della professione di sollecitatore nelle cause del Palazzo, la legge ammetteva alla conferma mediante un esame quelli che avevano esercitata fino a quel momento la professione, escludendo però « quelli di Stato alieno che per anni cinque non haveranno dimorato in questa città ed esercitata la professione di continuo ». Ed in avvenire la facoltà di esercitare quella professione era riservata ai nativi di Venezia, ai sudditi delle città venete « domiciliati in Venezia da cinque anni, ed a quelli d'alieno Stato che per dieci anni pur continui vi haveranno dimorato » (3). Tali privilegi corrispondevano alla massima generale del diritto d'incolato derivante dal domicilio decennale che in un altro campo esercita notevole influenza nel diritto nostro (4) e in altri diritti

(1) Grida del 9 novembre 1641.
(2) Grida dell'11 settembre 1647.
(3) 21 settembre 1655. In Maggior Consiglio. In materia di sollecitatori *Statuti*, pag. 200.
(4) V. Cod. civ. it., art. 8.

moderni (1). A Venezia tale principio valeva, quanto al regolamento dei diritti privati, assimilando al suddito lo straniero da lungo tempo domiciliato (2), quantunque non fosse per ciò mutata la sua nazionalità (3).

95. — Nello stesso modo poi ch'era subordinata all'autorizzazione dell'autorità la dimora degli stranieri, era più rigorosamente disciplinata che non sia ora la emigrazione dei sudditi. Questa, fin dalle leggi barbariche, era stata subordinata all'autorizzazione del principe (4), la quale era negata principalmente a coloro che volessero recarsi all'estero per militare o per lavorare a profitto di altri Stati (5). In molti paesi l'autorizzazione sovrana era ritenuta necessaria per ogni ordine di cittadini, qualunque fosse stato lo scopo della loro emigrazione (6). E quando l'emigrazione era soltanto temporanea, non cessava del tutto perciò da parte dello Stato nè il controllo nè la protezione del suddito emigrato. Così, passato quel periodo medioevale, che potrebbe dirsi della scarsità ma anche della internazionalità della coltura, si diffuse in Italia, molto più che nei paesi del nord, una ripugnanza dal riconoscimento delle lauree straniere, ed una tendenza ad obbligare i sudditi a completare nel territorio i proprii studii.

Ai sudditi veneti, tanto laici quanto ecclesiastici, venne ripetutamente proibito nel 1444, nel 1458 ed in altri anni susseguenti, di compiere gli studii in istituti esteri (7), salvo il caso di urgenti necessità che dovevano provarsi ai Riformatori dello Studio di Padova, ottenendone l'autorizzazione scritta di studiare all'estero. Lo stesso rigore invalse a poco a poco nel ducato di Milano nell'esigere che si conseguisse

(1) V. C. C. Fr., art. 9, 13 e Legge del 1889, *Journal de dr. int. priv.*, 1889, pag. 750.

(2) V. pag. 289, 290.

(3) V. *Journal de Jurisprudence dédié à l'Électeur Palatin Bouillon*. Imprim. du Journal, avril 1764, pag. 83-94 e mai 1764, pag. 157-164. Cause plaidée en 1764 à l'Excel. Conseil de XL de Venise entre Mr. le comte Jean Étienne Seriman et Mr. Jacques Paramus — dove, nel conflitto fra il diritto persiano e quello veneto, vien preferito l'ultimo per ragione di lungo domicilio nel territorio della Repubblica.

(4) Editto di Rotari, 177.

(5) *Editti antichi e nuovi dei sovrani principi della Real Casa di Savoia*, Torino, Zappata, 1681, parte III, lib. V, tit. V, pag. 594-7.

(6) *Editti* cit., pag. 597, 8.

(7) *Statuti veneti*, pag. 284 *t*-286 *v*. In materia del Studio di Padova, parte in Pregadi del 24 settembre 1636, nº 5; 6, e 8 maggio 1649, pag. 288; 21 aprile 1657, pag. 290 *t*, 1 *v*; 29 gennaio 1664, pag. 291 *t*; 24 novembre 1703, pag. 295 *t* e 296 *v*.

la laurea a Pavia, subordinandosi da un editto del 9 aprile 1688 ad un decreto del Senato il riconoscimento di quelle conseguite da stranieri in altro Stato, e vietando ai nazionali lo studio in università diversa da quella ticinese. I nazionali che si fossero trovati in questo caso potevano, adducendo motivi plausibili, ottenere soltanto in via di grazia, il riconoscimento del grado ottenuto. Così un ordine del Senato del 23 ottobre 1671 ammetteva un medico che, costretto dalla peste e dalla guerra che infierivano a non partirsi per lungo tempo da Genova, vi aveva presa la laurea, ed un altro ordine del 26 aprile 1662 riconosceva la laurea di un Crivelli il quale, durante il bando che lo aveva colpito, aveva compiuti gli studii ad Ingolstadt. Nei riguardi poi degli stranieri, due decreti del 1661 e del 1662 li dispensava dall'ottenere una grazia speciale quando avessero conseguita la laurea nell'Università di Bologna od in quella di Salamanca (1). Analoghe norme si vennero svolgendo negli Stati della Casa di Savoia, dove anzi il 23 luglio 1572 Emanuele Filiberto revocava ed annullava tutte le licenze concesse a chicchessia d'andar a studiare fuori dei suoi Stati, e, colla pena di cinquecento scudi, ne faceva a tutti proibizione per l'avvenire (2).

La proibizione di emigrare era stata una regola non ignota agli Stati dell'antichità ed era sopratutto corrispondente al concetto feudale dello Stato che faceva giuridicamente della persona un annesso del territorio. Le proibizioni relative al compimento degli studii all'estero corrispondevano invece da un lato al diffondersi della coltura che formava centri di studii sufficientemente dotati nei varii paesi, liberandone gli abitanti dalla necessità di ricorrere ai centri più famosi e più antichi, e dall'altro allo svolgersi del concetto moderno dello Stato e delle sue funzioni. Una di queste è certo il controllo assoluto delle attitudini che son necessarie per poter conseguire i superiori gradi accademici e per poter esercitare nello Stato uffici e professioni di fiducia. Se non che, mentre nel primo periodo del rinascimento della coltura, nè lo Stato avrebbe potuto esercitare quella funzione nel caso particolare degli studii, nè in generale ne era consapevole, e nell'epoca nostra esso limita il suo controllo al solo conferimento delle lauree, in quel periodo intermedio era tutto il compi-

(1) *Constitutiones Dominii Mediolanensis* curante comite Gabriele Verro, Edit. XI, Mediolani, Malatesta, MDCCXLVII, pag. 175-7 e *Collectanea decisionum* annessa, pag. 150, n° 23.

(2) *Editti piemontesi*, parte III, lib. IV, pag. 550.

mento degli studii fuori dello Stato che, per proteggere l'Università locale, si voleva vietare ai sudditi dalle leggi dei singoli dominii.

La protezione del suddito che usciva dal territorio non venne che assai lentamente ordinandosi com'è praticata ai nostri giorni, ma non mancava del tutto nemmeno negli albori dell'età moderna. Da questo concetto di protezione, infatti, fu ispirato il primo sorgere, nel diritto punitivo, della competenza quasi territoriale, che Bartolo giustifica appunto, quando ritiene punibile nel territorio lo straniero per offesa compiuta contro un cittadino fuori del territorio, sopratutto « si judex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat, aut quia non vult, aut quia non potest » (1). A tale protezione, che faceva uscire lo Stato dalla assoluta territorialità della sua azione e della sua competenza, corrispondeva poi, con analogo effetto, l'attitudine dello Stato a punire il cittadino anche per delitti commessi fuori del territorio. Tale attitudine era ridotta alle minime proporzioni da Odofredo e da Alberto da Gandino, che la limitavano al caso di accusa del danneggiato, constatandosi allora la punibilità dell'atto e la entità della pena secondo il diritto comune; era ammessa pienamente da Cino da Pistoja, che riteneva potersi un cittadino punire nella sua città per delitto commesso all'estero, tanto in via di accusa privata quanto di pubblica inquisizione e secondo la legge della città cui apparteneva; ed era riconosciuta in grado più limitato, secondo Bartolo (2), che preferiva seguire il diritto comune nell'applicazione della pena; ma nell'un caso e nell'altro dimostrava l'esistenza, fin dall'origine, di un'azione estraterritoriale dello Stato, nei rispetti così della protezione e del controllo, come della punizione dei sudditi agenti fuori del territorio.

96. — Fra gli stranieri stavano nella condizione del più completo avvilimento certe categorie di persone che la legge, o per la tutela della pubblica sicurezza o per motivi d'ordine religioso, considerava con speciale sfavore e particolarmente cercava d'allontanare dallo Stato. Tali categorie, specialmente colpite dalla legge e dalla consuetudine, presentavano questo di particolare, che gli individui ad esse pertinenti talora non erano stranieri, secondo il concetto moderno della nazionalità, e che, considerandosi dalla legge straniere anche le generazioni successive di quei forestieri, pur sta-

(1) Bartol. in Cod. I, 1, *De Summa Trinitate*, §§ 44, 45, 46.
(2) Bart. l. c., §§ 47, 48, 49. — V. pag. 370-2.

biliti nel paese, si faceva eccezione rispetto a loro anche al concetto allora vigente della cittadinanza dipendente dalla stabile dimora e dalla nascita nel territorio. Erano categorie di pária che, o tutta la società europea, o le singole società politiche d'Europa, avevano ridotto in queste condizioni d'inferiorità, e rispetto alle quali non si è modificata ancora dovunque, così completamente come il diritto positivo, anche la coscienza dei popoli civili (1).

Tale era la condizione degli zingari. Stranieri per origine, erano trattati più duramente degli altri forestieri, e quando pur si consentiva loro di abitare nel paese, non vi si consideravano perciò meno stranieri di loro i figli che ne nascevano, i quali, insieme coi genitori tenuti sempre in sospetto, erano sospinti, d'espulsione in espulsione, dall'uno all'altro paese d'Europa. Nello Stato di Milano sono degne di nota, così perchè si ripetono frequentemente, come perchè portano sanzioni straordinariamente severe, le gride contro gli zingari. Don Carlo d'Aragon (2) ordina il 20 maggio 1587 « che fra tre giorni debbano essersi partiti affatto da ogni città, terra et luogo al governo suo sottoposto sotto pena gli uomini della galera per cinque anni et della pubblica frusta alle donne, dando facoltà a chiunque di potere impunemente svaligiare qualunque zingaro che si trovasse dopo tre giorni nel territorio soggetto al suo governo ». E siccome pare che al rigore del governo nell'emettere tali ordinanze, non corrispondesse quello dei suoi agenti e dei privati nell'eseguirle e nel farle osservare, così il 13 luglio 1588 il decreto d'espulsione è ripetuto, contemplando per gli uomini anche la pena della galera perpetua e per le donne anche « l'abscissione dell'orecchio od altra più grave pena all'arbitrio di S. E. o del Senato »; e l'ordine stesso trovasi rinnovato in termini analoghi il 5 novembre 1605 e successivamente un gran numero di volte (3). Espulsi dal ducato di Milano, essi trovavano negli Stati del duca di Savoja un'ordinanza di Carlo Emanuele II che ingiungeva loro di andarsene entro tre giorni, sotto pena della vita (4). E questa disposizione era del tutto corrispondente allo spirito della

(1) Guizot, *Les parias de l'Europe* nella *Bibliothèque Universelle et Revue Suisse*, gennaio e febbraio 1893.

(2) *Compendio di tutte le gride et ordini pubblicati nella città et Stato di Milano*, pag. 68, Milano, Malatesti, 1609.

(3) *Compendio* citato, pag. 76 e *Compendio delle gride pubblicate nel governo del conte di Fuentes*, pag. 107 e vol. del 1688, pagg. 12, 18, 39, 81, 85, 134, 149, 217.

(4) *Editti piemontesi*, parte III, lib. I, pag. 7, 19.

legislazione piemontese rispetto agli zingari, sia prima che dopo quel decreto (1).

In condizione migliore quanto alla possibilità d'essere ammessi a dimorare nel territorio, ma identica quanto alla estraneità persistente in loro di generazione in generazione, trovavansi gli ebrei. Una diversità di diritto fra un paese e l'altro esisteva rispetto a loro, in quanto in alcuni Stati erano, in altri non erano ammessi nel territorio (2); una diversità di fatto, in quanto erano trattati con diverso rigore dalle pubbliche autorità e dalla popolazione; ma un punto d'identità nella loro condizione giuridica risultava da ciò, che erano e restavano indefinitamente stranieri e ch'erano considerati altresì incapaci di molti diritti, che dagli stranieri nel proprio senso della parola, per effetto di convenzioni o di concessioni unilaterali, si potevano conseguire. Tanto era persistente in loro, secondo la legge che li riguardava, il carattere di estraneità, che dove vigeva il diritto di albinaggio, si riteneva necessario di esimerneli nominativamente (3). La loro dimora nella massima parte dei paesi non era garantita da alcuna norma stabile e costante di diritto (4), come appare da quanto avvenne ad esempio alla distanza di tre secoli in Inghilterra ed in Spagna, nel 1475 e nel 1570 in Toscana, e nel 1540, nel 1708 e nel 1756 nel regno di Napoli (5). Dovunque come stranieri erano esclusi non solo dai pubblici uffici e dall'esercizio quasi d'ogni dignità o professione (6) che non fosse il commercio, ma anche dall'acquisto di ogni proprietà immobiliare; rispetto alla proprietà mobiliare ed ai diritti successorii

(1) *Editti piemontesi:* Ordine del 26 agosto 1626 di Carlo Emanuele I, n° 5 (pag. 578); Ordine di Vittorio Amedeo I del 12 ottobre 1632, n° 12 (pag. 582); di Carlo Emanuele I del 5 dicembre 1601 (pag. 718), del 20 aprile 1604 (pag. 719); di Carlo Emanuele II del 10 marzo 1655 (pag. 719, 720); di Carlo Emanuele II del 19 giugno 1671 e 20 agosto 1674 (pag. 721, 2) e di Maria Giovanna Battista del 25 ottobre 1675 e 26 luglio 1678 (pag. 722-4); parte III, libro V, tit. 21 della *Raccolta*. Torino, Zappata, 1681.

(2) " Hebreis interdictum est Mediolani esse, nec habitationem habere, nec etiam alibi in dominio nisi cum licentia principis. Permissum est tamen Hebreis in hospiciis publicis et Mediolani et alibi sine licentia per triduum hospitari posse „. Costituz. I, lib. I delle *Costituzioni milanesi.*

(3) Editto di Carlo Emanuele I del 20 ottobre 1618; *Editti* citati, pag. 1248, 9.

(4) *Editti piem.*, pag. 1223-1259.

(5) Pertile, *Storia*, vol. III, pag. 180, 1 e n. 16-18.

(6) Alb. Bruno, l. c., art. VI, nn. 59, 60; Peregrini, *Cons.*, vol. II, Cons. III, n° 11.

erano però trattati meglio degli eretici e degli stranieri propriamente detti (1).

Analoga era la condizione degli eretici che l'allontanamento dalla fede religiosa imperante privava delle prerogative dei cittadini, nella stessa guisa che la costanza nel rifiuto d'aderirvi impediva agli infedeli di acquistarle per succedersi di generazioni. Anzi, dopo la Riforma, in Italia, dove si mantenne la unità religiosa, le diminuzioni dei diritti derivanti dall'eresia furono più gravi e costanti che nei paesi più nordici d'Europa; sicchè ogni movimento di riforma vi venne soffocato, e il solo paese dove si mantenne un nucleo di eretici fu il Piemonte, dove esisteva già antecedentemente alla Riforma, e dove pur quei dissidenti vennero privati delle prerogative proprie dei sudditi così prima (2), come dopo di quella rivoluzione religiosa (3). Gli ordinamenti rigorosi cui furono sottoposti, la residenza e l'esistenza stessa degli eretici, e la loro eliminazione, quasi in ogni terra italiana riuscita, dal territorio dello Stato, provano che al cospetto della legge positiva e della imperante dottrina di diritto pubblico, l'eresia li aveva ridotti alla condizione di stranieri, e fra gli stranieri, inabilitandoli in modo assoluto all'esercizio dei più importanti diritti e facoltà, li aveva respinti nell'infima categoria (4).

Un effetto analogo a quello che la disformità religiosa produceva collettivamente sulla condizione degli eretici (5), era prodotto individualmente dalla condanna penale del bando: ridurre cioè straniero secondo la legge chi non era tale per la razza o per il luogo della sua nascita. Fra gli effetti immediati del bando, precipua era dunque la perdita della cittadinanza e di tutte le garanzie che a questa si connettevano (6). Il bandito diventava uno straniero nemico che nessuno

(1) Alex. Tart., cons. 13, afferma essere universalmente ammesso che essi possano partecipare agli istituti del diritto vigente nel territorio.

(2) *Editti* cit., parte III, lib. XV, tit. II, pag. 1259-1269. Editti del 17 giugno 1430 e del 23 gennaio 1476.

(3) *Editti* cit., tit. cit. Editti di Emanuele Filiberto del 10 giugno 1565 e 4 settembre 1570, pag. 1261, 2; di Carlo Emanuele I del 28 maggio e 12 giugno 1602, pag. 1266, e di Carlo Emanuele II del 25 gennaio 1663, pag. 1276 con l'elenco dei banditi, e del 10 agosto 1663 di Carlo Emanuele II, pag. 1279.

(4) Parander, *Abrégé de l'hist. des Vaudois*. Turin, Loescher, 1872, cap. 37 e 38 e Comba, *St. dei Valdesi*, cap. VI, pag. 103 e segg. Firenze, 1893.

(5) Albericus a Rosate, *Super Statutis*, lib. IV, Quest. XVI, n. 3 " heretici sunt banniti ", e Quest. LX, n° 14: " Non in omnibus sunt paria excommunicatio et bannum licet habeant multa similia ".

(6) Albericus a Rosate, *Super Statutis*, lib. IV, Quest. I, 4: " Unde bannum est publica dejectio ab honoribus et officiis et statutis civitatis ", e

poteva accogliere nè soccorrere (1), fosse pur stato un parente (2), senza incorrere in gravi pene, salvo il caso di salvacondotto che doveva interpretarsi restrittivamente. Il concetto di *straniero* continuò dunque fino all'età moderna ad essere lungamente complesso, non corrispondendo all'identità della denominazione un'identità di criterio giuridico; e di tutta quella complessità deve tener conto chi voglia studiare in quell'epoca i diritti di cui erano suscettibili i forestieri e la misura di applicazione consentita alla legge straniera.

97. — Come il bando costituiva una causa, ignota al diritto moderno, di perdita della cittadinanza, così la religione era a vicenda una causa di perdita di quella ed una condizione per poterla conseguire. Quelli cui una tale condizione non avesse fatto difetto, acquistavano la nazionalità originariamente, non già aderendo al luogo dove avevano sortito il nascimento, ma a quello cui apparteneva come nazionale la famiglia da cui uscivano. E qui apparisce una prima ed importantissima divergenza dal diritto svoltosi in altri paesi d'Europa. Mentre, secondo i concetti tradizionali di questi, e secondo le norme ancora in vigore in America, è suddito il nato nel territorio, in Italia prevaleva la massima che fosse suddito il figlio di sudditi indipendentemente dal luogo del suo nascimento. Venezia veramente conobbe assai per tempo due specie di cittadinanza per nascita (3), risultanti ad un tempo dai due elementi dell'origine e del luogo di nascita (4); ma coll'andar del tempo il primo elemento prevalse sempre

n° 9: " denotat quandam dejectionem extra bonum publicum, et sic quandam saecularem excommunicationem "; Baldo, *De Statutis*, v. *Bannitus* et *bannum*, n° 21: " Statutum dictans quod bannitos possint impune offendi facit eos transfugas et hostes civitatis unde sunt banniti, quia sunt de numero eorum quibus est indictum bellum ", e Giason del Mayno, cons. 166 e 168, lib. II.

(1) *Editti piemontesi*, parte II, tit. XXII. Editto di Carlo Emanuele I del 1582, pag. 188.

(2) Tiraquelli, *Commentarii* in l. Boves, § *Hoc sermone*, Dig. *De verborum significatione*, § 80, pag. 221 dei *Tractatus varii*. Lugduni ap. Rovillium, MDLXXXIV.

(3) V. nel cap. IV, pag. 85-87, l'analogia fra la prova della cittadinanza ateniese e quella della cittadinanza veneziana che doveva farsi presso gli avvogadori.

(4) Cittadinanza originaria piena era di chi nasceva in Venezia di legittimo matrimonio e poteva dimostrare la cittadinanza degli ascendenti cittadini nei gradi di padre e di avo e la loro onorevolezza, cioè " non aver esercitato arte meccanica "; e tale specie di origine era richiesta per venir ammessa al ministero della cancelleria ducale. Per poter coprire altre cariche ed impieghi come scrivano e notaio, ecc., era sufficiente presentare

più sul secondo, non solo in quella città e nei territorii da essa dipendenti, ma anche in altri paesi d'Italia, applicandosi la massima che « filius de jure assequitur civilitatem patris». E siccome poteva avvenire che il padre avesse una quasi doppia cittadinanza, spettando ad un paese quanto all'origine e ad un altro per ragione di domicilio, così nel determinare in tali casi la nazionalità dei figli si ricorreva alla legge di origine del genitore e non a quella del suo domicilio permanente, quando in questo luogo i figli non fossero stati espressamente naturalizzati (1). Anzi, non solo all'origine del padre, ma anche a quella dell'avo, diversa da questa, si poteva ricorrere per determinare la cittadinanza per nascita, purchè la persona della cui nazionalità si trattava fosse nata durante la vita dell'avo alla cui sudditanza voleva collegare la propria (2).

Non era generalmente vietato che uno potesse appartenere contemporaneamente a due cittadinanze; ed era naturale che fosse così. Lo sminuzzamento dei territorii e la negazione agli stranieri dei più importanti diritti civili, rendevano necessaria l'attribuzione dei privilegi civici a molti forestieri in varii territorii. Il passaggio dal periodo delle autonomie comunali a quello degli Stati accentratori e dei governi aristocratici, faceva poi sì che gli effetti della cittadinanza fossero tanto destituiti d'importanza politica, da potersi quella senza inconvenienti attribuire contemporaneamente allo stesso individuo in varî paesi. Così avveniva che la donna maritata all'estero acquistasse la nazionalità del marito, ma nel tempo stesso ritenesse la sudditanza originaria (3).

un attestato di essere nato a Venezia di legittimo matrimonio e di non aver esercitata nè essere stata esercitata dal padre arte meccanica, nè aver patito nota di infamia.

(1) Peregrini, *Cons.*, vol. V, Cons. VII, n° 1, circa la nazionalità del figlio di Pio Enea degli Obizzi, cittadino padovano per origine e ferrarese per domicilio, e Cons. LV, n° 2,: " Nam certum est quod filius, etiam alibi natus, sequitur civilitatem originis paternae ".

(2) Questa era stata la opinione di Oldrado, seguìta da Bartolo, in secundam partem *Digesti Novi*, Venetiis, MDLXXXV, pag. 218, l. *Assumptio*, § *filius*, tit. *Ad municipales et de incolis:* " Aut nepos nascitur vivo avo et sequitur originem avi... Aut post eo mortuo et tunc secus ut in istis gloss, etc. Si enim nascitur vivo avo et sic in ejus proprietate, merito ejus originem sequitur sicut diximus de filio adoptato vel legitimato ". V. analogie nella legge francese sulla nazionalità del 28 giugno 1889.

(3) Bart. in secundam partem *Digesti Novi*, lib. I, tit. *Ad municipales et de incolis*, lex XXXVII, § *Item rescripserunt*... 3: " Quaero utrum uxor efficiatur civis illius civitatis unde est vir, au fiat solum incola. Textus hic videtur dicere eam incolam, nec scio legem dicentem quod efficiatur civis. Glossa tamen in *l. cives* C. de incolis, lib. X, dicit ipsam effici civem... Et quod hic

Come non era rigorosamente praticata la massima che vieta di conservare due cittadinanze, così non era praticata quella che vieta l'assenza completa di ogni cittadinanza, pur possibile ancora in qualche caso nella condizione contemporanea della società civile. Se si fosse applicata le massima romana che « jus originis non potest mutari nisi per fictionem », in quella condizione negativa non si sarebbero trovati che i soli banditi, privati dalla legge d'una cittadinanza, senza che ne avessero acquistata un'altra (1). Ma nella pratica si ritenne perduta la cittadinanza anche per effetto dell'abbandono del territorio, ogni qual volta il cittadino si fosse trasferito coi beni in altro paese, così da non poter essere più costretto nel proprio agli uffici ed ai pesi pubblici (2). Così si venne praticando la perdita di cittadinanza derivante da rinuncia tacita implicita nell'abbandono del territorio. E tale forma di perdita della cittadinanza si mantenne in diversa misura nelle legislazioni moderne producendovi una espatriazione dal paese d'origine senza la corrispondente naturalizzazione in altro territorio.

98. — Alla perdita della cittadinanza originaria poteva corrispondere, o, nonostante la conservazione di quella, poteva verificarsi (3), l'acquisto di una cittadinanza nuova. Questa poteva essere di varie specie che trovano le loro corrispondenti nel diritto moderno: piena o parziale quanto agli effetti, individuale e collettiva quanto alle condizioni ed agli atti da cui derivava.

Come nelle società antiche (4) e nelle moderne società coloniali, ad ogni bisogno di aumentare la popolazione corrispondeva una grande

dicitur incolam, improprie loquitur, quod satis puto verum, argum. ejus quod diximus de filio adoptato... et quia efficitur caro una cum viro. Ulterius quero au desinet esse civis illius civitatis unde originem habuit mulier alibi nupta? Videtur quod non, quia origo mutari non potest... Contrarium determinat glossa „. Quanto a certi diritti personali, alla competenza ed alla suscettibilità di onori nella città originaria, non sembra rimanere cittadina di quella... " Breviter possumus sic dicere quod originem mutat quantum ad omnia per quae persona mulieris possit attrahi, et separari a servitiis viri, et ideo non potest ibi vocari nec trahi ad onores, vel munera, vel ad judicia... quoad alia non mutat originem „. Bart. a Salic., in lib. III, Cod. l. 2, *De jurisdictione omnium judicum*.

(1) Baldo, *De Statutis*, v. *Cives, civitas* e nota.

(2) Peregrini, *Consilia*, vol. VI, Cons. V, n° 6 e *Decisiones Patavinae*, Decisio LXXXVI, nn. 6-8 che riguardano i limiti dell'eccezione a questa regola nei riguardi delle cittadine maritate fuori del territorio.

(3) Bartolo in secundam partem *Digesti Novi*, lib. I, *Ad municipales et de incolis*. Ediz. Venezia 1585.

(4) V. pag. 82, 3.

larghezza nell'accogliere nuovi cittadini secondo il sistema praticato ora in America, quando concorressero certe condizioni di residenza. Con queste naturalizzazioni occasionali e collettive coesistevano, come istituto normale del diritto pubblico locale, quelle la cui concessione seguiva per grazia individuale ed era di competenza della suprema autorità dello Stato, talora esercitata direttamente, talora delegata al potere esecutivo. Così a Padova, essendo podestà Federico della Velunga, si decideva nel 1372 che tutti i forestieri residenti per dieci anni continui ed iscritti per sostenere i pesi, fossero ammessi alla cittadinanza padovana (1). Nel 1420, essendo podestà Marco Dandolo e capitano Lorenzo Bragadino, si dava facoltà di creare nuovi cittadini, « li quali possino godere degli onori e benefici di questa città, al Podestà ed al Capitanio presenti e successori suoi ». In tal caso non occorreva una residenza precedente nella città, e la concessione poteva essere negata od accordata individualmente a chi fosse venuto colla famiglia ad abitare nella città e giurasse che avrebbe sostenute « tutte le fazioni e pesi come cittadino padovano » ed avesse prestato giuramento di fedeltà (2).

A Venezia la cittadinanza veniva pur concessa per grazia individuale, ma era di due specie. Quella *de intus* attribuiva a chi l'aveva conseguita prerogative di capacità ad alcuni poco importanti uffici della città (3), all'esercizio d'alcune arti, anche principali, ed a quello delle fazioni. Quella *de intus et extra* dava anche facoltà di poter navigare col diritto di negoziare, come veneziano, nei luoghi e scali del veneto commercio. In questa protezione, allora così potente, che accompagnava dovunque colla sua virtù tutelare il naturalizzato non meno che il cittadino originario, era inclusa la perfetta equiparazione ai diritti dei cittadini veneti. Anche a Venezia, però, se la naturalizzazione per grazia individuale rappresentava il regolamento normale della cittadinanza, si ricorreva, in circostanze eccezionali, ad ammissioni collettive e facili di stranieri nella città. Il 7 maggio 1391 si stabilì che tutti quelli che fossero venuti ad abitare a Venezia colle loro famiglie, facendosi inscrivere nel libro all'ufficio de' provveditori di Comune, fossero cittadini *de intus*. Così le naturalizzazioni aumentarono in proporzioni notevoli; sicchè, mutate le condizioni demografiche della città, non si tardò a porvi un freno adottando disposizioni

(1) *Statuti di Padova*, lib. IV, Rubrica VIII, Stat. I, ediz. cit., pag. 699.
(2) *Stat.* cit., l. cit., Stat. II, pag. 699-701.
(3) Decreto del 1570.

più rigorose. Il 4 settembre 1505 fu accordata la cittadinanza per privilegio a quelli che per anni 25 avessero avuto domicilio in Venezia e sostenuto le fazioni, con facoltà di mercanteggiare. Quelli poi, nati in Rialto da persone forestiere, che avessero abitato in Venezia per dodici anni, erano ammissibili alla cittadinanza *de intus*, e se vi avessero abitato altri sei anni, a quella *de extra*, la quale però, quando tali condizioni si fossero verificate, non poteva già acquistarsi *ipso jure*, ma dipendere dall'arbitrio del Consiglio dei 40 e di quello dei Pregadi. Più tardi venne accordata per alcun tempo la cittadinanza ai forestieri che fossero venuti a Venezia con moglie e famiglia e vi avessero abitato per due anni, sopportando le comuni fazioni civili; ed agli artefici stranieri, che per tal guisa fossero stati naturalizzati, si concesse anche la cittadinanza *de extra*, onde potessero navigare e mercanteggiare con approvazione dei Provveditori di Comun.

Nel 21 agosto 1551 fu deciso che per conseguire la cittadinanza *de intus* dovesse esigersi abitazione continuata colla famiglia e concorso a fazione per anni dieci. Se il forestiero aveva moglie veneta bastavano otto anni, differenza fatta anche oggidì in qualche paese a favore dello straniero che abbia sposato un'indigena. Per ottenere la cittadinanza *de extra*, occorrevano 15 anni di residenza, coll'obbligo però di rassegnare ad ogni quinquennio ai provveditori di Comun una attestazione comprovante che la persona di cui si trattava erasi apertamente dichiarata dovunque cittadino di Venezia. Non avendo osservato tali condizioni, il naturalizzato decadeva dal privilegio come sospetto d'averne abusato. Era proibito poi agli ufficiali doganali d'accordare spedizioni di viaggio ad alcuno come a veneziano, se non apparisse provata dai pubblici libri la sua cittadinanza.

Nello Stato di Milano si doveva pur distinguere la naturalizzazione che attribuivasi dalla legge comune del Ducato agli stranieri per effetto di un lungo domicilio (1), da quella ch'era concessa dalla suprema autorità e dalle singole città del Ducato, disciplinate, nell'esercizio di tale prerogativa, secondo le norme stabilite dal Governo centrale. La residenza decennale col pagamento degli oneri assimilava *ipso jure* gli stranieri ai cittadini (2). La cittadinanza per grazia, se

(1) V. pag. 290.

(2) *Costitut. dominii Mediolanensis*, Mediolani, apud fratres Metios, MDLXXIV, liber tertius, *De feudis*, pag. 63: " Habentur pro civibus non solum illi qui vere cives sunt, sed etiam illi, qui sunt in possessione seu, quasi saltim per decennium separatim solvendi onera non cum ruralibus, sed separatim tanquam nobiles ".

veniva concessa individualmente dalle singole autorità comunali, non importava per un periodo di tempo la pienezza dei diritti, quando non vi si fosse aggiunta la ratifica dell'autorità centrale; più tardi non ne abbisognò più oltre, purchè al naturalizzato si imponesse la residenza, confiscati i beni di lui quando questa fosse venuta a cessare (1).

La naturalizzazione venne considerata dunque in Italia come una concessione dello Stato. Questa veniva accordata collettivamente rispetto a certe categorie di persone corrispondenti alle condizioni prestabilite dalla legge, ed individualmente per via di grazia dal potere sovrano o da quell'autorità superiore dello Stato cui la legge deferiva tali facoltà.

Il maggiore o minor rigore delle condizioni necessarie per ottenere la cittadinanza, la maggiore o minor larghezza della legge nell'ammettere gli stranieri ad invocare la cittadinanza come una conseguenza della lunga dimora, non derivavano da una diversità di teorie dominanti nei varii Comuni e dominii, ma bensì dalle varie proporzioni del loro popolamento, che ora, rigoglioso, faceva prevalere concetti analoghi a quelli informatori nell'epoca nostra delle legislazioni europee, ora, scarso per effetto di guerre o di epidemie, faceva prevalere le norme ispiratrici delle moderne leggi d'America e d'Australia.

99. — Gli effetti della naturalizzazione dovrebbero essere e furono infatti nell'origine (2) pieni, perchè « civilitas est quid factibile et non solum nascitur sed creatur et vera civilitas extraordinaria potest per principem et cives conferri forensibus ». Da questo concetto derivava che chi fosse veramente diventato cittadino, dovesse godere per privilegio di tutti gli onori e preminenze come di tutti i pesi dei cittadini originarii (3). Ma una prima modificazione alla serie logica di tali

(1) *Constitutiones dominii Mediolanensis, decretis et senatusconsultis nunc primum illustratae curante comite* Gabriele Verro. Edit. undecima, Mediolani, Malatesta, 1747, pag. 145: " Decurionibus civitatum hujus Dominii vetitum erat non subditum creare civem cum facultate acquirendi bona stabilia in hoc Dominio, inconsulto Senatu ex ejus Ord. 2 Januarii 1534; nunc vero permissum est dummodo in concessione civilitatis apponant clausulam quod ubi contingat creatos subditos acquirere bona stabilia, teneantur habitare in hoc Dominio sub poena nullitatis concessionis et quod si habitare desierint bona fisco applicata esse censeantur „. Ord. Senat. 29 maji 1557. E la Costituz. *De feudis* dispone: " Nec cives ex privilegio hac Constitutione comprehenduntur nisi transtulerint totam vel majorem partem familiae ad civitatem ad incolendum „.

(2) V. pag. 18, 19, 39, 127-129.

(3) L. 7, Cod. *De incolis*, X, 39.

conseguenze si ebbe dove, come a Venezia, la legge riconobbe due gradi di naturalizzazione, una sola delle quali conferiva la pienezza dei diritti civili e della protezione largita dalla suprema autorità della Repubblica. A Venezia nessuna forma di naturalizzazione poteva far acquistare i diritti politici i quali non spettavano agli stessi cittadini (1); a Milano una Costituzione escludeva esplicitamente i naturalizzati dai pubblici uffici (2).

Dovunque non esistevano libertà politiche, l'eguaglianza fra naturalizzati ed originarii non poteva dunque verificarsi se non nel campo del diritto civile. Quanto ai pubblici uffici che non erano esercizio di facoltà sovrana, ma od esercizio di prerogative locali o delegazione d'attribuzioni subordinate alla suprema autorità, la legge veneziana vi ammetteva i naturalizzati e la Costituzione milanese ne li escludeva. Dove esistettero e finchè durarono le pubbliche libertà, la possibilità d'acquisto di diritti politici da parte dei naturalizzati non mancava, ma pur la legge si mostrava spesso disposta ad escluderneli. Così a Firenze nel 1346 si escluse da ogni pubblico ufficio qualunque naturalizzato che non fosse nato in Firenze ed il cui padre ed avo non fossero pur nati in quella città (3). A tali restrizioni, che le moderne leggi circa la cittadinanza o fanno derivare soltanto dalla piccola naturalizzazione o limitano all'incapacità di certi altissimi uffici, corrispondeva nella dottrina e nella pratica il vantaggio, che pur non deriva dalle leggi contemporanee, della scusa di ignoranza che poteva

(1) " Il n'y eut jamais de monarchie „, dice il Saint-Réal, *Conjurations des Espagnols contre la république de Venise*, Paris, Didot, 1803, " si absolue dans le monde, que l'empire avec lequel le Sénat de Venise gouverne cette république. On y fait une différence infinie jusque dans les moindres choses entre les nobles et ceux qui ne le sont pas. Il n'y a que ces nobles qui puissent commander dans tous les pays qui en dépendent „. La stessa osservazione si poteva applicare a tutti gli altri Stati ordinati a governo assoluto, dove la differenza fra cittadini e stranieri residenti non si manifestava che nel campo dei diritti civili.

(2) *Constitutio de officio et jurisdictione diversorum judicum* nelle *Constitutiones*, edizione 1574, pag. 32 *bis:* " Alienigenae vel forenses habitantes vel habitaturi in civitatibus vel terris hujus Dominii cujus principalis origo fuerit aliunde quam ex hoc Dominio, etiam si habitassent per annos sexaginta et ad civilitatem admissi fuerint, non possint exercere aliqua officia quae concernere habeant negotia illius civitatis vel terrae in qua incolatum habent nec se de eis officiis intromittere: nec esse de numero antianorum, sapientium, deputatorumve seu Praesidentium negotiis ejusdem „.

(3) Giovanni Villani, libro XII, cap. LXXII.

invocare lo straniero naturalizzato di recente, per le infrazioni da lui commesse contro lo statuto della città (1).

La stessa diversità di leggi che esisteva nel misurare gli effetti della naturalizzazione di stranieri propriamente detti, si riproduceva nel regolare gli effetti che la conversione doveva produrre sullo stato personale di coloro, che per effetto della loro fede erano tenuti dalla legge in conto di stranieri. A Venezia gli Ebrei, Mori e Turchi usciti dalla casa dei Catecumeni potevano applicarsi a qualunque arte o professione che loro aggradisse, senza alcuna spesa o opposizione (2). Se poi erano nati nella città, od in quella stabiliti, era tolto il solo ostacolo che si frapponeva fra loro e la cittadinanza; mentre invece anche per quelli, come per i naturalizzati propriamente detti, non mancavano autorità che volevano escluderli per la prima generazione dagli uffici pubblici e dalle più alte dignità ecclesiastiche (3).

La naturalizzazione operativa di più scarsi effetti era certo quella che risultava tacitamente dal lungo stabilimento nel territorio. Il nome, a dir vero, non era quello di naturalizzazione ma di incolato, e chi ne fruiva gli effetti era detto piuttosto domiciliato e municipale che cittadino, ma effettivamente esso risultava investito della maggior parte dei privilegi connessi colla cittadinanza, il che bastava per dare la qualità di suddito. Ed a tale valore del domicilio corrispondevano le condizioni che si richiedevano per considerare tale lo stabilimento in un paese. Richiedevasi infatti od una lunga dimora ordinariamente estesa ad un decennio (4), come voleva Bartolo (5), o che la persona di cui si trattava abbandonasse il luogo d'origine colle cose proprie e colla famiglia. Nei riguardi della capacità civile tale

(1) Baldo in l. *Cunctos populos*, n° 22, laddove scusa lo straniero stabilito nel territorio *et etiam cives qui diu abfuerunt*, e Giason del Mayno, II lez., col. 15, vers. *item inquantum* (C. *De Summa Trinitate*).

(2) 2 gennaio 1676 e 30 giugno 1688. *Statuti veneti*, pag. 293-5 e *Confessioni e Lettere* pubblicate nel compimento del III secolo dalla fondazione del Pio Istituto dei Catecumeni in Venezia, premessevi le notizie storiche. Venezia, Merlo, 1857, pag. XII, XIII.

(3) V. le autorità ap. Tiraquellus, *Cessante causa cessat effectus* nei *Tractatus varii*. Lugduni, ap. Gul. Rovillium, 1584, pag. 46, nn. 11-14.

(4) La misura del decennio era tolta dalla presunzione del diritto romano (l. 2, Cod. *De incolis*, lib. 10), ma il valore del domicilio che se ne deduceva stabilito corrispondeva al concetto politico del tutto diverso della vera sudditanza.

(5) Bart. in l. *Assumpt.* e § *Jurisprudentibus*, Dig., lib. I, tit. *Ad municipales et de incolis*.

stabilimento pareggiava lo straniero al cittadino (1), ma non produceva nè l'effetto di pareggiarlo nei poteri politici che spettavano ai cittadini, nè quello di spogliarlo della cittadinanza originaria. Rispetto a questa si disputava se la esplicita rinuncia e la naturalizzazione esplicitamente ottenuta altrove potesse distruggerla (2), ma era certo che non poteva distruggerla in quanto ai vincoli politici, nè quanto alla competenza, ai diritti personali ed ai rapporti di famiglia, l'acquisto di una nuova cittadinanza derivante dal solo fatto del lungo domicilio. In tal caso l'individuo finiva per trovarsi con una doppia nazionalità, e, nel paese di adozione, fatta eccezione dalla conservazione della cittadinanza originaria, veniva a conseguire una *piccola naturalizzazione* che lo assimilava in gran parte ai metéci antichi, nazionali quanto alla soggezione ed ai diritti privati, e stranieri quanto ai poteri politici. Questa naturalizzazione, derivante dal fatto del domicilio, se era la più tenue quanto agli effetti, era anche la più precaria quanto alla durata, poichè non sopravviveva alla condizione di cose che l'aveva prodotta, e cessava col cessare del domicilio da cui era derivata (3).

La naturalizzazione completa sotto ogni punto di vista, derivava da quelle annessioni di territorio nelle quali non era riservata una personalità subordinata all'uno dei due paesi, nè l'uno all'altro completamente si asserviva, ma i due territorii si fondevano con perfetta parità di trattamento, formando uno Stato solo. Tale era stata la riunione di Fiesole a Firenze, che fece dei due popoli un popolo solo (4), e l'assunzione nella stessa cittadinanza delle genti di Montecolloreto

(1) In tal caso, secondo il Saliceto, la persona era regolata da due leggi personali: una, quella del paese d'origine, che restava operativa nei limiti di questo e nei territorii dei terzi; l'altra, quella del paese di domicilio, per gli atti compiuti e le cose possedute nei limiti di questo. Una proibizione favorevole relativa alla disposizione dei beni era a suo avviso universale nei suoi effetti: " nisi ille transtulisset domicilium ad alium locum in quo similis non esset prohibitio. Nam de bonis ibi extantibus puto quod posset..... Et ratio est quia consuetudo loci ligat forensem ibi domicilium habentem; hoc etiam quia defunctus fingitur duplex homo; videlicet Lucanus ratione originis... et Anglicus ratione civitatis adeptae „. Bartholomæus a Saliceto, *Opera omnia*, in quatuor Tomos Tributa, I Tomus in I et II Codicis. Francofurti, Sumptibus Lazari Zartzneri, MDCXV; Super I, Cod. *De Summa Trinitate*, § 11, pag. 21, e § 14, pag. 23, 4.

(2) V. autorità ed esempii in Peregrini, *Cons.*, vol. V, Cons. LV, nn. 8-11 e CXXVI, n° 3-10.

(3) V. autorità in Peregrini, Cons. cit., n° 8.

(4) Giovanni Villani, libro IV, cap. VII.

e della giurisdizione di Montegemmoli dell'Alpe (1); e nella stessa condizione trovavansi, senza reciprocità di trattamento, i cittadini di una città dominante nel territorio delle città soggette (2).

Riassumendo, la dottrina e la pratica della nazionalità si vennero svolgendo in Italia, in modo quasi del tutto corrispondente alla dottrina ed alla pratica preferite ai nostri giorni, quanto alla nazionalità originaria (3); ritenendo precipuo criterio attributivo della cittadinanza non già il luogo della nascita, o quello del domicilio temporaneo del padre, ma quello del luogo cui il padre apparteneva come cittadino. La grande importanza che venne poi acquistando sempre più la cittadinanza per l'esercizio dei diritti civili, e la perduta sua importanza nei riguardi di quelli politici, rese normale il caso di una duplice cittadinanza, quella per origine che, come naturale, non poteva estinguersi senza una esplicita espatriazione, e quella derivante dal domicilio, che non annullava la prima e tutto al più la rendeva latente, reintegrandola *ipso jure* col reintegrarsi del domicilio originario (4).

La stessa duplice forma di cittadinanza si ammetteva, per ragioni analoghe, circa la donna maritata (5), inquantochè essa non faceva che seguire, per effetto del matrimonio, il domicilio del marito, subendo le conseguenze che derivavano dal mutamento di domicilio. Una vera espatriazione dalla città originaria si verificava, senza acquisto corrispondente di altra cittadinanza, nel caso del bando e dell'apostasia, e, combinata con quell'acquisto, nel caso di concessioni collettive agli abitanti di terre annesse e in quello di concessioni individuali fatte a singoli stranieri dalla suprema autorità dello Stato. In questo caso pure quanto più si consolidò e distinse la esistenza indipendente delle varie città e dei varii principati, tanto più venne abbandonato il principio tradizionale secondo il quale la cittadinanza d'origine doveva essere immutabile, per ammettere invece che essa potesse perdersi da chi vi rinunciasse e si trasferisse nella sudditanza di un altro dominio.

100. — Fra gli stranieri trattati con particolare rigore dalla legge, che cercava d'escluderli dal territorio, od, ammettendoveli, ve li opprimeva, e gli stranieri assimilati in tutto od in parte dalla

(1) Matteo Villani, lib. X, cap. 25.

(2) Alberto Bruno, *De Statutis*, art. 8, n° 132; Peregrini, *Decisiones Patavinae*, pag. 225, 1, Decis. 86, nn. 12-4.

(3) Bartol. in II part. *Dig. Novi*, lib. I, *Ad municipales et de incolis*, ediz. citata.

(4) Peregrini, *Cons.*, vol. V, cons. LV, n° 10.

(5) V. pag. 283, n. 3.

naturalizzazione o dal lungo soggiorno, ai cittadini, stava la generalità dei forestieri trattati in modo diverso nei varii paesi, ma in generale senza molto rigore e accolti nelle città commercianti con una certa larghezza di ospitalità. Durante i rapporti di pace non era vietata di regola la facoltà d'ingresso e di passaggio innocuo nel territorio, quantunque in molti paesi molteplici fiscalità di transito, sopratutto lungo i corsi d'acqua, la difficoltassero in ogni maniera (1).

Venezia era molto ospitale a tale riguardo; ma anche in Milano agli stranieri in genere l'ingresso nel paese non veniva vietato se non transitoriamente, e limitatamente ad un determinato raggio di territorio. Così si faceva nei riguardi dei sudditi di Stati nemici finchè durava la guerra (2) e di ogni maniera di stranieri in quelle parti del territorio dove per qualche tempo tale esclusione credevasi imposta da ragioni di ordine pubblico (3), vietandosi in quest'ultimo caso non

(1) V. Catellani, *La navigazione fluviale e la questione del Danubio secondo il diritto delle genti*. Torino, Unione Tip.-Editrice, 1883, capo I.

(2) Grida di Don Juan Fernandez de Velasco del 24 dic. 1592 e quella di Don Filippo de Guzman del 20 maggio 1637 relativa ai Francesi non muniti di un passaporto speciale di S. E. nel *Compendio di tutte le grida et ordini pubblicati nella città di Milano dai governatori di S. M. Cattolica in Italia*. Milano, Malatesta, ediz. cit. Un'altra del 6 giugno 1654 del marchese di Fravista divieta anche il transito ai francesi o piemontesi senza passaporto del Governo di Milano.

(3) Grida del 12 settembre 1605 del governatore Pietro Enriquez de Acevedo conte di Fuentes, colla quale " informato della frequenza dei delitti molto gravi che ogni giorno si commettono nelle parti di Vaprio, Canonica e Pontirolo al confine di questo Stato causati per lo più da forestieri et gente di mala vita... proibisce ad ogni forestiero di fermarsi nè habitare per alcun tempo in quei luoghi sotto pena di tre anni di galera la qual susseguirà irremissibilmente contra i contravventori ". Di divieto generale e transitorio troviamo un esempio nella grida di Don Giovanni d'Aragon dell'11 settembre 1590: " S'è visto da qualche tempo in qua che diversi forastieri, sotto pretesto di questuare, spigolare, battere castagne, lavorare e far altre operationi, sono venuti in questo dominio etiam con numerosa famiglia di figliuoli et di donne et vi hanno fatto talvolta residenza molti mesi con pregiuditio de sudditi di questo Stato, a quali i suddetti levano l'occasione d'essere adoperati et a quelli che sono miserabili si scemano le elemosine che dalle pie persone sono date: et in ogni modo le poche vettovaglie che si raccogliono sono in parte consumate da tali forastieri. Però volendo reparare ecc..... ordina che nessuno forastiero (per forastiero chiamando coloro che non hanno habitatione ferma in questo Stato) possa entrare nè fermarsi in essa sotto pena agli uomeni della galera per tre anni et alle donne et agli figliuoli della frusta et di staffilate all'arbitrio del prefato magistrato. Si eccettuano i Bergamaschi... i Resegotti et gli appellati Gognini con che però non conducano famiglie seco et parimenti quei forestieri ai quali per negotii o per mercantie o per altro occorrerà venire a passare di transito, ma se

già il semplice passaggio innocuo, ma il passaggio combinato con una certa permanenza nel territorio. All'infuori di tali eccezioni, gli stranieri, cioè quelli che non fossero stati naturali dello Stato o non vi avessero abitato per dieci anni continuamente (1), erano ammessi ad entrare nel territorio dello Stato di Milano. A costoro, perchè potessero penetrare nel territorio, era imposta la presentazione, non già di un passaporto ottenuto preventivamente dal governatore del Ducato, ma di una « bolletta circostanziata » rilasciata dalle autorità del paese donde provenivano e che doveva contenere l'indicazione del loro nome, delle loro qualità, del punto di partenza e della meta e dello scopo del viaggio.

A tali condizioni e con non poche cautele (2) erano ammessi i forestieri ad entrare nel territorio dello Stato; nemmeno i banditi stranieri erano del tutto esclusi, ma da loro, com'era naturale, si esigeva qualche maggior garanzia (3).

Agli stranieri in genere, ed in quel tempo e prima d'allora, il transito pacifico non era in genere vietato; soltanto durante la guerra, o quando la giustizia o l'onore offeso imponessero rappresaglie, ai sudditi del paese nemico od offensore, si usava « vietare le fiumane e i passi come a suoi nemici » (4). Tra Stati amici il diritto di transito dei sudditi rispettivi era ben sovente garantito da un trat-

vorranno fermarsi più di otto giorni dovranno coloro che capiteranno in Milano significare il loro bisogno al sig. magistrato il quale provvederà secondo quello giudicarà essere conveniente, et nelle altre città si averà a fare ricorso alli podestà che saranno avvertiti di non concedere licenza se non in caso di necessità urgente et di essa ne daranno notizia al suddetto magistrato „.

(1) Grida del 9 novembre 1641.

(2) Non appena arrivato un forestiere e presa stanza sia in un albergo, sia in casa di un privato, incombeva a chi l'ospitava darne dettagliata notizia al Governo in Milano ed all'autorità municipale nella provincia: così è imposto dalle gride di D. Juan Fernandez de Velasco del 24 dicembre 1592 e nel decreto del 9 novembre 1641, in quello del 24 settembre 1667, ed in quello del 1° settembre 1673 del duca d'Ossuna ed in molti altri successivi, nei quali tutti si contiene l'enumerazione degli alberghi autorizzati e l'indicazione dell'autorità cui, secondo la situazione topografica, dovevano far capo, comminando pene severe agli albergatori non autorizzati ed a chi, fosse pure senza mercede, avesse dato clandestinamente ospitalità a forestieri.

(3) Grida di D. Carlo d'Aragon del 13 febbraio 1592 ordinante che ogni bandito forestiero fosse " tenuto dentro d'otto giorni dare idonea sicurtà di ben vivere ai tribunali, ovvero partirsi di questo dominio sotto pena dell'ultimo suplitio „.

(4) Matteo Villani, libro X, cap. XVII.

tato (1); ma, allora come ora, ciò non significava che quella facoltà venisse negata quando una convenzione non la avesse riconosciuta; soltanto allora, più facilmente che adesso, avveniva che uno dei due Stati da quella ospitalità spontanea, o pattuita di quando in quando, si dipartisse, porgendo occasione a rappresaglie da parte dell'altro paese (2). Gli Stati più civili usavano però pur sovente facilitare, anche nei riguardi fiscali, l'ingresso nel territorio dei forestieri, sopratutto di quelli che vi si recavano per ragione di studio (3), e anche quando taluno era sospettato d'appartenere a quelle categorie di stranieri ch'erano escluse in modo assoluto dal territorio, lo zelo delle autorità locali veniva talora frenato dal Governo che imponeva di ammetterlo nel paese, finchè non si fosse potuta fare una inchiesta diligente dell'essere suo (4).

Quanto allo stabilimento di stranieri nel territorio, le legislazioni dei varii Stati variavano per cause analoghe a quelle che influirono sempre anche sulla legge della naturalizzazione. Gli Stati commercianti e quelli spopolati invitavano in ogni maniera gli stranieri; quelli esclusivamente agricoli e popolosi cercavano in ogni modo di

(1) Macchiavelli, *Lettere a nome della Repubblica fiorentina*, Lett. XXVII ai Rettori e pubblici ufficiali partecipante il trattato del 2 agosto 1511 fra Firenze e Siena per la garanzia reciproca del passaggio e del commercio ai cittadini rispettivi. Ediz. Milano 1805, vol. IX, pag. 231.

(2) Macchiavelli, *Lettere* citate, lett. XXXV, vol. cit., pag. 240-2.

(3) Giason del Mayno, in § *si quis ad opus l. certa*, Dig. *De leg.*, 1: " nec scholares pro libris quos secum portant tenentur ad gabellam solvendam aut pedagium "; Roland. a Valle, *Consilia*, Venetiis ap. Somaschum, MDCVI, vol. I, cons. XXXII, n. 10, cons. LXVI, n° 37 e segg. e vol. II, cons. LII, nn. 15, 16 e cons. XXXIV, nn. 15 e 16: " et ideo pro libris qui gratia juris exercendi portantur per doctores, non debet solvi gabella "; Bart. a Saliceto, super prim. Cod. *De Sacrosanctis ecclesiis*, lex. IX, n° 5, ediz. cit., pag. 43: " Querit Gul. de Cu. an scholaris etiam mercantiam exercens (ut quendam vidi in studio Paduano) debeat gaudere scholarium privilegio? Et respondet quod debemus attendere ad id, quod principaliter intendit " e L. XII, n° 16, *De Sacrosanctis ecclesiis*, ediz. cit., pag. 55: " Et ex his infertur quod, licet quis beneficio clericali gaudens, domum locaverit uni scholari, locatio illa intelligitur facta cum privilegio inquilinatus scholaribus concesso "; Macchiavelli, *Lettere* cit., lett. II, 23 luglio 1510, *Consulibus Maris*, dove consiglia di restituire il dazio delle argenterie fatto pagare ad un Portoghese recatosi allo studio di Pisa per studiar ragion canonica, vol. cit., pag. 199.

(4) Macchiavelli, *Lettere* citate, lett. XIII e XIV, *Cap. et Commiss. civitatis Pisarum*, 10 e 22 dicembre 1510 a proposito di certi Portoghesi, sospettati marrani, che il capitano e commissario pisano voleva mandar via, ed ai quali il Governo fiorentino ordinava di lasciare un termine di tre mesi per appurare le accuse, salvo il caso che provenissero da luogo infetto da epidemia (pag. 211, 2).

tenerli lontani. Condizioni della prima specie informarono a più riprese le leggi di Padova, di Venezia (1) e d'altre città che offrivano ai nuovi abitatori esenzione da tasse per un certo numero di anni (2). A condizioni del tutto diverse si ispiravano invece divieti generali temporanei o limitati a qualche parte del paese, come quelli dello Stato di Milano (3); e la concorrenza degli interessi consigliava sovente a non ammettere i forestieri a dimorare se non che in condizioni più gravose di quelle fatte dalla legge ai cittadini (4). Talora lo stabilimento nel territorio non era accordato se non che agli stranieri che avessero riportato dal principe lettere di naturalità (5); talora era accordato o negato secondo la reciprocità (6).

Lo Stato non comprometteva mai con tali concessioni la propria sicurezza perchè, sia individualmente o collettivamente, poteva sempre far uso, quando l'utilità sua l'avesse richiesto, del diritto di espulsione. Talora l'esercizio di tale diritto veniva minacciato collo scopo di cavar danaro dagli stranieri, desiderosi di riscattarsene (7), ma ben sovente l'espulsione individuale o collettiva effettuavasi sia per punire i trascorsi degli stranieri, sia per tutelare l'ordine pubblico dello Stato.

L'esercizio di quel diritto si distingueva dalla espulsione praticata

(1) V. pag. 284, 5, 291, 293.

(2) Macchiavelli, *Lettere* cit., lett. XV, Potestati Pecciolis Johanni de Serraglis, relativa ad una infrazione della legge che garantiva vent'anni di immunità da ogni gravezza ordinaria e straordinaria a chi fosse andato colla famiglia ad abitare nel contado e distretto di Pisa. Vol. cit., pag. 213, 4.

(3) V. pag. 286, 7.

(4) Pertile, vol. III, pag. 168 e n. 30.

(5) *Editti piem.*, parte III, tit. IV, lib. XVI, pag. 1163 del 28 maggio 1618 di Carlo Emanuele I.

(6) *Statuti di Parma*, lib. I, ediz. di Parma, Fiaccadori, 1860, pag. 34, 5, dove è sancita la reciprocità e le rappresaglie sono subordinate alla concessione ed alla sorveglianza della pubblica autorità, ed Editto di Maria Giovanna Battista di Savoja del 30 aprile 1680: “... Ordiniamo... che quei che verranno ad habitare in questo Dominio, purchè non patiscano altro oggetto che d'essere stranieri, debbano godere tutto ciò che in vigore della ragione delle genti, civile e municipale, godono o possono godere i nationali, ogni volta però che nel paese il quale è patria dei medesimi forastieri s'usino gli stessi trattamenti coi sudditi di S. A. R. e vicendevolmente che nel caso contrario ne restino esclusi „. *Editti* cit., parte III, libro XIII, tit. V, pag. 1165.

(7) Così avveniva molte volte cogli Ebrei. E tale fu in Francia nel 1277 il caso dei mercanti italiani colpiti come usurai dal decreto d'espulsione e poi ammessi a pagare il riscatto di libbre sessantamila di parigini, sicchè, dice Giovanni Villani — libro VII, cap. LIII — apparve che il re “ facesse più per cupidigia di moneta che per altra onestà „.

al nostro tempo, per un ricorrere più frequente alla espulsione collettiva e per una sostanziale differenza nella crudele severità delle sanzioni. Nell'intima essenza sua non apparisce però intimamente diverso dall'espulsione del diritto moderno, chè, in quelle leggi dei tempi andati, come secondo quelle a noi contemporanee, l'espulsione era affidata alla competenza del potere esecutivo.

Gli stranieri ammessi anche stabilmente nel territorio, v'erano poi in genere esclusi da ogni pubblico ufficio e da ogni professione che avesse rapporto colla fede pubblica (1). Tale esclusione da ogni pubblico ufficio era completa ed assoluta a Venezia. In molti altri Comuni invece subì qualche eccezione per effetto di quel pauroso sospetto della tirannide che suol dominare nelle democrazie (2). Ad evitare che uno dei cittadini diventasse troppo potente ed imponesse la propria signoria, si soleva pertanto affidare con particolari privilegi ed incapacità (3), gli uffici di capo della città, e talora anche quelli di comandante delle forze e di esecutore di giustizia, ad uno straniero. Così anche la stessa Firenze, che aveva già seguito quel sistema fino dal 1207 e poi lo aveva abbandonato (4), si regolò dopo tante gare

(1) *Constit. Mediolanenses* cit., ediz. del 1574, pag. 32, liber I, *De officio et jurisdictione diversorum judicum:* " Alienigenae vel forenses habitantes vel habitaturi... etiam si habitantes per annos sexaginta et ad civilitatem admissi fuerint non possint exercere aliqua officia quae concernere habeant negotia illius civitatis vel terrae in qua incolatum habent „; *Statuti della Comunità di Cadore*, ediz. Venezia, Poleti, 1693, Provvisioni e correzioni posteriori, cap. XVI, pag. 117: " Non possi nè debba alcun Nodaro foresto rogare istromenti overo altri atti civili o criminali nella contrada di Cadore et tutto quello ch'egli haverà scritto et notato et rogato, sia di niun valore et efficacia, et quello che haverà ricercato a far tal cosa, sia condannato „; cap. XXXI, pag. 121: " Niun foresto ardisca d'avvocare o procurare nella contrada di Cadore avanti il signor Vicario overo altri officiali di Cadore, et chi contrafarà sia condannato in dieci lire de piccoli... „.

(2) Gabriele Rosa, nell'*Archivio Storico* vol. cit., pag. 160, 1.

(3) *Stat. di Parma*, lib. I (ediz. Parma, Fiaccadori, 1860, pag. 4): " Ordinatum est quod civitas et populus Parmae de cetero habeat et habere debeat Potestatem forensem et talem qui non sit oriundus de civitate vel episcopatu Parmae „ e (pag. 16): " Potestas et judices sui non possint audire nec cognoscere de aliqua quaestione civili, quam deposuerit coram se vel aliquo ipsorum aliquis homo oriundus vel civis de terra vel territorio seu episcopatu de qua vel quo fuerit ipse Potestas vel judex „.

(4) Giovanni Villani, libro V, cap. XXII: " ... si ordinarono di chiamare un gentile uomo d'altra città che fosse loro podestà per un anno e rendesse le ragioni civili con suoi collaterali e giudici e facesse l'esecuzioni delle condannagioni e giustizie corporali. E il primo..... fu Gualfredotto da Milano „.

fra l'aristocrazia e la democrazia, in quella riforma dei suoi statuti affidata nel 1415 al famoso giureconsulto Paolo de Castro, uniformandosi ad un sistema che poteva ritenersi costante nelle democrazie italiane. Gli stranieri dunque, coi quali si era tanto avari degli stessi diritti civili, erano poi fatti eccezionalmente capaci d'un diritto e d'una funzione altissima d'ordine politico. Ma rispetto a questa però il concetto ispiratore della concessione era non già il favore dello straniero o la pratica dell'equità, ma la utilità pubblica del paese dove lo straniero era chiamato a governare. Egli vi veniva come straniero, e come tale governava durante il brevissimo termine che la legge gli consentiva, e quantunque fosse pareggiato ai cittadini finchè durava l'esercizio di quell'ufficio (1), questo non ne importava la naturalizzazione, e secondo i giudizi più autorevoli, restava straniero al paese dove aveva esercitato quei supremi uffici politici (2).

101. — Quanto alla protezione della proprietà, erano favoriti al pari dei nazionali anche gli stranieri non stabiliti nel territorio, finchè si trattava della conservazione e della tutela della proprietà mobiliare. Ne è una prova la repressione, tentata dalle leggi, in generale con buon successo, del diritto di naufragio, che attribuiva ai ripuarii la proprietà delle cose naufragate sul mare o sui fiumi; sicchè la preda delle cose dei naufraghi, che altrove era considerata come un diritto del signore, fu tenuta ben presto in Italia in conto d'un atto riprovevole e punibile secondo la legge (3). Alla bontà delle leggi non si

(1) Bart. in l. *Municeps*, § *miles*, Dig., lib. L, *Ad municipales et de incolis:* " Glossa intelligit istam legem quod efficiatur civis illius loci ubi meretur stipendia. Ita no. C. *De incolis*, lib. X, *l. cives* quod est no. quod stipendiarii sunt cives istius civitatis, *donec* hic merentur stipendia. Idem in doctore qui est miles legalis militiae. *Idem in rectore* et praelatis ecclesiae " e l. c., lex I, § 13: " Quaero etiam si aliquis forensis efficiatur Abbas Sancti Petri, an erit civis hujus civitatis. Idem quaero de Rectore cujuslibet ecclesiae? Videtur quod sic... Praeterea miles qui est positus in aliquo loco ad exercendam militiam, efficitur civis illius loci... "; § 14: " Verumtamen ista civilitas durat, donec durat adoptio... ".

(2) Albericus a Rosate, *De Statutis*, lib. II, quest. 177, nº 21: " ... Tenet quod rector non efficiatur civis propter brevitatem temporis... Et quia non videtur habere animum ibi constituendi domicilium... Nec et cives cum eo animo elegerunt sed solum ut regat civitatem. Deficiente ergo utriusque voluntate, civis non fit... item rector efficitur pater civitatis..., et pater filii domicilium non sequitur sed e contra ".

(3) *Constitutiones Regni Siciliarum*, Edit. Neapolit., MDCCLXXIII, vol. I, lib. I, tit. XXIX, pag. 78, 9: " ... capitali sententia feriendos esse censemus. Huic etiam saluberrimae sanctioni adjicendum duximus: ut omnes quibus facultas erit succurrere talibus in tantae necessitatis articulo consti-

uniformò rapidamente il costume delle popolazioni e quello stesso d'alcuni signori locali, ma fu già un successo abbastanza notevole che fin dall'undecimo secolo la legge civile (1) e quella ecclesiastica considerassero un indegno abuso il diritto di naufragio. L'abuso qua e là resisteva, ma, in parte per la tenacia d'una coerente tradizione legislativa, in parte per effetto dei trattati di commercio fra gli Stati italiani (2), finì a poco a poco per scomparire del tutto.

Venezia provvide in entrambi i modi ad abolirlo, assicurandone l'immunità colle convenzioni ai suoi sudditi all'estero e colla legge fin dal 1181 (3) agli stranieri non meno che ai nazionali nelle sue acque territoriali, ispirata in quest'ultimo caso ad un tempo dal sentimento della giustizia e dal desiderio di salvare, per quanto fosse possibile, da rappresaglie i sudditi d'un dominio così fiorente per operosi e vasti commerci.

L'*Ordine circa li Naufragi* del 28 giugno 1586 parificava pur completamente, nei riguardi del soccorso, i naufraghi forestieri a quelli

tutis, sine mora et occasione aliqua subvenire cum his, quae ad incidentes casus necessaria viderint pro posse festinent. Negligentes autem si, probata causa, legitime se nequiverint excusare, unius Augustalis poena mulctandos esse censemus. Navigia si quo casu rupta fuerit tam navigia ipsa quam navigantium bona illius integra reserventur ad quos spectabant, sublata omnium locorum penitus consuetudine, quae hac adversatur sanctioni „.

(1) Andrea di Isernia nel *Commento alle Costituzioni Siciliane* (vol. cit., pag. 78, 9) nota, quella costituzione " non invocare nec tollere antiquas poenas... sed priscae severitati accedere „ e nota che la condanna del diritto di naufragio era pronunciata dalla glossa nonostante qualunque contraria consuetudine locale.

(2) Pertile, *Storia*, vol. III, pag. 176, n° 70.

(3) Carta di promissione del doge Orio Mastropiero, MCLXXXI, pubblicata da Emilio Teza, Bologna, Fava e Garagnani, 1863: " ..... per hanc nostram publicam promissionem stabilimus..... Ut si a modo inantea in aliquo casu aliqua navis, *tam venetorum quam forinsecorum*, in toto districtu Venetiae, naufragium passa fuerit, tunc quicumque ad ipsam navem iverit et aliquid de bonis, vel habere aut rebus ipsius navis violenter vel sub occasione auxilii, abstulerit, statim (sec. la Promissione del Tiepolo, [1232] fra tre giorni), reddere debeat omnia quae abstulerit illi cujus causa fuerit vel domui ejus: aut eam in commendatione mittere ad procuratorem sancti Marci ad opus illius cujus fuerit causa. Quod si ita non fecerit... tunc totum quod abstulerit in duplum emendare debeat illi cujus fuerit causa... Quod si non habuerit unde causam reddat, tunc tota domus ejus ad terram ruinari debeat et insuper eum tantum in vinculis habere debeamus quousque universa quae habuit reddat et nostrum bannum nobis similiter. Vere si illi qui ad auxilium dandum iverint convenientiam aliquam cum eis fecerint, quod nulla convenientia cum eis facta, quae sit a quatuor partibus et infra teneri debeat „.

nazionali, ed affidava tale protezione ai rettori del luogo nella cui giurisdizione fosse occorso il naufragio. Quei magistrati, appena avutane cognizione, dovevano ordinare con un proclama minacciante tutte quelle pene che avessero stimate convenienti, che non fosse tolta cosa alcuna di quei naufragi e che chiunque ne avesse tolta alcuna cosa, ne facesse tosto la restituzione nelle mani del magistrato. I rettori dovevano poi convocare il Consiglio detto di XII, chiamandovi il padrone della nave, lo scrivano ed altri più pratici sì della nave che del luogo, e mercanti che si fossero trovati a bordo di quella nave come passeggieri, ed a quel Consiglio affidare le operazioni di salvataggio e di ricupero sotto la direzione di due soprastanti e del cancelliere locale. Di tutte le operazioni dovevasi dare relazione sollecita ai rettori, cedendo il proprio còmpito quando lo avessero creduto opportuno, ai mandatarii dei mercanti interessati o degli assicuratori. Se poi fosse mancato il denaro necessario al pagamento degli operai ed alle altre spese rese necessarie dalla conservazione della nave e del carico, erano scelti dal Consiglio di XII due periti giurati che dovevano vendere, alle migliori condizioni possibili, tanta parte della mercanzia ricuperata, quanta avesse corrisposto alle spese necessarie, salvo l'approvazione del Consiglio di XII. Doveva poi farsi una diligente inchiesta della causa del naufragio e mandarne relazione agli Avvogadori di Comun perchè sottoponessero a processo chi fosse eventualmente imputabile del disastro (1). La sanzione intesa ad assicurare la restituzione delle cose salvate dal naufragio, conservavasi tal quale nella *Promissione del Maleficio* (C. I), che imponeva a chiunque, col pretesto di aiuto o con violenza, avesse usurpato alcuna cosa della nave naufragata, l'obbligo di restituirla nel termine di tre giorni, punendolo, nel caso di disobbedienza, colla multa del doppio valore della cosa e con altra pena pecuniaria od afflittiva. Così l'appropriazione delle cose dei naufraghi, dopo essere stata un diritto esercitato dai principi ed un abuso tollerato degli abitanti delle coste, cadeva del tutto sotto le sanzioni del diritto penale. Ed a questo progresso corrispondeva la protezione dei viaggiatori stranieri, appartenenti a Stati amici, lungo le vie di terra. Sicchè si può dire che lo straniero fosse protetto non meno del cittadino in tutto quanto riguardava la proprietà mobiliare da lui posseduta prima d'entrare nel territorio.

102. — Più rigorosa cogli stranieri si dimostrò la legge, come

(1) Ordine circa li Naufragi. *Statuti Veneti*, ediz. cit.; *Leggi civili*, pag. 269 *v* e *t*.

era stata anche nell'antichità (1), in quanto si riferiva all'acquisto della proprietà nel territorio, e specialmente all'acquisto degli immobili e dei diritti su quelli, che furono per lunga tradizione considerati la proprietà per eccellenza. Il divieto di tale proprietà fu comune alle città italiane nel periodo della legislazione comunale; ma i dottori si allontanarono dal diritto vigente in altri paesi d'Europa, applicando tutto il rigore di quegli statuti piuttosto alle alienazioni volontarie che ai passaggi di proprietà, derivanti necessariamente dai rapporti successorii (2). Quell'incapacità dello straniero ad acquistare beni immobili, era spesso formulata in modo assai rigoroso dalla legge (3). Secondo lo statuto mantovano era vietato, come quello della proprietà, anche l'acquisto d'ogni diritto reale, e quando il Ducato di Milano passò sotto il dominio spagnuolo e austriaco, il divieto vi fu ribadito per tutti gli stranieri, compresi fra questi anche i sudditi degli altri possedimenti austriaci e spagnuoli (4), e per ogni maniera d'acquisto relativo a beni immobili (5). A chiunque avesse

(1) V. pag. 62, 63, 140, 3.

(2) Albericus a Rosate, *De Statutis*, lib. II, quest. II, § 1.

(3) Pertile, vol. III, pag. 167, n. 23.

(4) *Constit. Mediol.*, lib. IV, pag. 78 *r*, ediz. 1574, Constit. *De Poenis:* " Collegiis, universitatibus, et denique omnibus, cujusve status et conditionis sint, interdictum est per se vel per interpositas personas, directe vel per indirectum, vendere nec alienare nec etiam per quamcumque ultimam voluntatem expressam aliquam rem immobilem alicujus territorii hujus domini mediate vel immediate nobis subditi, nec annuum redditum, aut eorum usumfructum in personam huic Dominio non subditam sub poena amissionis rei sic venditae, vel alienatae, vel pretii ejusdem, bonaque et pretium ipso jure et facto in fiscum perveniant, contractus et alienationes non valeant sintque nullius momenti. Notarii contra formam praesentis constitutionis instrumenta rogare non audeant sub eadem poena. Quam si solvendo non erunt, punientur in personam arbitrio Principis vel Senatus... ". V. Verri, ediz. del 1747 cit., pag. 123, le note *bb-ff* a quella costituzione. In tale riguardo poi trattavasi degli stranieri propriamente detti nei rispetti del Ducato, poichè, attesta il Verri (ediz. cit. della *Collectanea decisionum*, pag. 125): " Originarii absentes ab hoc Dominio non reputantur forenses nec in ipsis habet locum prohibitio hujus constitutionis; ita censuit Senatus die 8 martii 1559 in causa Angeli de Opiciis: die 8 novembris ejusdem anni in causa Fratrum de Cornasetis et die 3 dec. 1603 in causa Comitis Joseph Tornielli contra heredes Comitis Prosperi Tornielli ".

(5) " Decrevit Senatus ", dice il Verri, pag. 125 della *Collectanea Decisionum:* " anno 1579, 26 maji, prohiberi etiam alienatio in non subditos etiam cum pacto redimendi ultra annum " ed aggiunge: " Haec prohibitio habet locum etiam in bonis emphyteoticis; ita, referente magnifico Senatore de la Hoz declaravit Senatus die 12 decembris 1661 in causa vertentem inter quandam Valzaniam Taurinensem et quandam de Cabris ".

trasgredito tali proibizioni trasferendo a stranieri immobili e titoli ad essi relativi, un ordine del Senato del 15 novembre 1604 comminava « ultra poenam ab hac Constitutione impositam, etiam illam scutorum quinquecentum vel remi triennalis ubi non sit solvendo ». Così era danneggiato assai anche il credito dei proprietarii nazionali, poichè la garanzia ipotecaria che pur veniva consentita ai creditori stranieri (1) era praticamente diminuita dalla necessità in cui trovavasi il creditore di vendere entro un anno i beni del debitore nazionale che gli fossero stati aggiudicati.

Giova notare però che se il divieto agli stranieri di acquistare a titolo oneroso era comune alle legislazioni italiane, tanto rigore nell'applicarlo si manifestava nel diritto milanese dopochè il Ducato era passato sotto il governo straniero, mentre invece altrove le analoghe disposizioni della legge si venivano attenuando e scomparendo. Anzitutto, essendo quello statuto proibitivo, contrario al diritto comune, si riteneva che la ignoranza ne giovasse al forestiero. Giudicavasi colpevole di frode il cittadino venditore che non avesse avvertito il compratore straniero della sua incapacità di comperare (2), così da autorizzare quello straniero a ripetere la restituzione del prezzo aumentato degli interessi; senza che su questo potesse accamparsi alcun diritto dal fisco (3). Ma al divieto stesso nella sua essenza ben altri limiti diretti ed indiretti erano portati nei paesi italiani, che continuavano senza estranee influenze lo sviluppo del proprio diritto.

Secondo la stessa legge milanese gli stranieri potevano abilitarsi all'acquisto di immobili per dispensa individualmente ottenuta dal principe o dal Senato (4), alla condizione però di trasferirsi ad abitare nel territorio del Ducato, sotto pena della perdita dell'acquistato

(1) *Constitut. Mediolanenses*, lib. IV, tit. *De Poenis* (ediz. del Verri, pag. 137): " Per hanc tamen sanctionem non prohibetur quin in contractibus faciendis inter subditum et non subditum hypotheca constitui possit. Non prohibetur etiam non subdito accipere bona debitoris sui in solutum vel ab eo vel a judice, dummodo intra annum subdito vendat alioquin Fisco applicentur ".

(2) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. 19, n° 7 e cons. 101, n° 12.

(3) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. 20, nn. 1-4. Nè questo diritto poteva in ogni caso accamparsi quando non fosse avvenuta la tradizione della cosa allo straniero, nè applicando lo Statuto di Padova, nè applicando quello di Mantova, ch'era ancor più rigoroso su questo punto. V. Peregrini, *Decisiones Patavinae*, Decisio LXXXVI, n° 14.

(4) *Constit.* cit., l. c. del testo e pag. 145, nota *ff* e *Collectanea Decisionum*, pag. 126.

diritto (1), e, riservata in ogni modo la incapacità assoluta d'acquistare beni distanti meno di quattro miglia dal confine (2). Lo statuto di Padova sanciva in termini assai rigorosi, il divieto di possedere, ma poi ammetteva la possibilità di dispense concesse sia dal dominio di Venezia, sia dai rettori della città, ed abilitava una volta per sempre tutti i forestieri, domiciliati da dieci anni, e gli ascendenti, discendenti e collaterali di tutti quelli che erano stati abilitati (3). Ai creditori stranieri era poi accordata dallo stesso statuto l'esecuzione sui beni dei debitori indigeni, purchè non li conservassero oltre sei mesi, e confiscandosi a favore del Comune i beni venduti a stranieri in onta a quel divieto e senza il suffragio di tali dispense.

Queste però andarono diventando sempre più frequenti, così da diminuire di assai l'importanza della incapacità creata dallo statuto (4). Che tali dispense fossero frequenti basta a provarlo il fatto che la legge padovana, disponendo circa l'espropriazione per mancato pagamento dei pubblici pesi, accennava espressamente anche ai beni degli stranieri (5), e che Bartolo e Saliceto parlano dell'obbligo dei proprietarii stranieri di contribuire ai lavori interessanti la viabilità (6).

(1) Gride del 19 dicembre 1646 e 22 marzo 1651: " Essendosi notato l'inconveniente causato da quelli forestieri d'ogni qualità e grado che in questo Stato possiedono feudi o qualunque altra sorte di beni, entrate, effetti e vivono fuori di esso, con che evitano il pagamento dei carichi, ecc. ..... nel termine di un mese vengano ad habitare in questo Stato sotto pena della perdita di detti beni, ationi, ragioni e rendite di qualsivoglia sorte ".

(2) Ordin. del Senato del 13 nov. 1604. V. *Costitut. Mediol.*, ediz. cit., pag. 126, 7 della *Collectanea Decisionum*. Cfr. Codice Albertino, art. 28.

(3) *Statuti Padovani*, lib. II, quinta rubrica, capo I, pag. 279-285.

(4) Peregrini, *Cons.*, vol. III, Cons. III, n° 42: " Principes in statibus suis ubi adsunt consimilia statuta solent quam saepissime derogare dispensando cum forensibus ut capere possint et acquirere bona immobilia ex contractu ".

(5) *Statuti Padovani*, lib. IV, Stat. VIII, 1339, Podestà Marin Faliero.

(6) Bart., ad decimum lib. Cod. *in legem cum neque*, n° 1, De incolis et ubi quis domicilium habere videtur et de iis qui studiorum causa in aliena civitate degunt: " Propter solam possessionem, quis non vocatur ad munera... fallit in aliquibus civitatibus quae fecerunt aliqua tributaria praedia propter collectas vel alia onera ita quod collecta sit onus reale... Item fallit in civitatibus quae de hoc habuerunt privilegium..... et ideo civitates, quae hoc habuerunt ex consuetudine cujus contrarii memoria non extat, quod imponerent collectas forensibus possidentibus in territorio suo, hoc poterunt facere cum talis usus sit similis privilegio ". Bart. a Saliceto, *Super primo Codicis in leg. neminem*, C. *De Sacrosanctis Ecclesiis*, § 2. Dopo avere escluso che di regola gli stranieri possano soggiacere ad oneri in ragione delle cose possedute perchè " nec comoda et honores civitatis percipiunt: ergo nec in

A tali deroghe si aggiungevano quelle convenzionali frequenti fra Stati amici (1), che assimilavano a tale riguardo reciprocamente i sudditi rispettivi ai cittadini, o con concessione unilaterale o sulla base della reciprocità (2).

Ma più radicalmente ancora quelle leggi erano modificate dai costumi e dalla giurisprudenza. L'esclusione dei forestieri dalla proprietà immobiliare ripugnava alla condizione economica ed ai rapporti operosi delle città italiane; perciò abbondavano gli avvedimenti di privati per eludere una legge d'isolamento politicamente rigida ed economicamente dannosa. Talora fra il venditore nazionale e il compratore straniero si simulava un credito e si costituiva un'ipoteca, compiendo poi la vendita nella forma di una esecuzione giudiziaria; talora si simulavano crediti e si obbligavano per questi tutti i beni; e con questi ed altri mezzi si consumavano molte frodi della legge (3). Invalse poi la consuetudine secondo la quale il divieto di alienare a stranieri non doveva intendersi riferito ai possessori stranieri che già possedevano immobili nel territorio dello Stato (4), ritenendosi questa eccezione un corollario della regola che gli statuti non obbligano i forestieri non sudditi dello statuente (5). Una volta uscito pertanto un fondo dalla cerchia dei cittadini lo si riteneva comunemente alienabile a stranieri, anche dove a questi sarebbe stato di regola proibito di acquistarlo (6) da un cittadino, e nella cosa s'im-

collectis gravari „, soggiunge: " onera autem mere realia tributorum vel onera conservationem rei et fructuum concernentia in terraticum pro itineribus et pontibus reficiendis subeunt praedia etiam forensium... „.

(1) Pertile, vol. cit., pag. 171, 2, n. 44, 5.

(2) *Collectanea decisionum excellentissimi Senatus mediol.*, appendice alle *Constitutiones Dominii Mediolanensis,* Milano, Malatesta, 1747, II, pag. 126, n° 126: " Helvetii possunt acquirere bona in hoc Dominio sine dispensatione vigore foederis cum ipsis initi: ita referente magnifico Senatore de Putheo, declaravit Senatus, die 12 dec. 1664 in casu cujusdem Cauponis ad signum Falconis hujus urbis „.

(3) Albericus a Rosate, *Super Statutis*, lib. II, quest. II, nn. 1 e 2.

(4) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. XIX, nn. 1 e 26, *Veronensis statutaria pro forensibus*, e cons. XX, n° 5.

(5) Il Verri, pag. 125 della *Collectanea Decisionum,* riferisce una decisione del Senato milanese emanata nel novembre 1561 contro il fisco ed in favore di un Monaci, straniero al Ducato, autorizzante il Monaci a possedere certi redditi camerali comperati da Giovanni Battista Grimaldi, del pari estraneo al Ducato, e dall'esame della giurisprudenza milanese, allora vigente, egli deduce la massima " Non subditus potest alienare in alium non subditum „.

(6) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. XX, nn. 6 e 7.

primeva, a dir così, contro la regola vigente nel paese, il carattere della indistinta alienabilità (1). Così a poco a poco il divieto stesso, per il modificarsi dell'opinione e per il tacito assenso della pubblica autorità, venne sempre più limitandosi, in guisa da risultare praticamente abolito nel territorio del Veneto ed in non pochi altri paesi (2), sussistendovi soltanto per le corporazioni straniere. Pertanto le legislazioni codificate che più tardi, uniformandosi al diritto di altri paesi, accolsero quei divieti (3), segnarono un regresso, sia perchè sancivano norme che in gran parte d'Italia erano venute attenuandosi e cadendo in disuso, sia perchè quelle norme non vi erano più temperate da parte del principe dalla potestà di dispensare.

103. — L'attitudine ad acquistare proprietà in causa di morte era completamente negata allo straniero dal diritto d'albinaggio. Tale diritto, nella sua espressione più assoluta e completa, rivendicava al fisco tutte le cose degli stranieri venuti a morte nel territorio, sicchè quelli, incapaci ad acquistare immobili per atto tra vivi, erano incapaci a ricevere in causa di morte cose di qualsiasi specie. Ma in termini così assoluti può affermarsi che non siasi praticato, se non eccezionalmente, l'albinaggio, nemmeno dalle più rigorose legislazioni del nostro paese. Il diritto veneto riteneva gli stranieri incapaci così di ricevere come di trasmettere per testamento; e nel dominio piemontese un editto di Carlo Emanuele I del 28 maggio 1618 sanciva, in termini assoluti, l'albinaggio per tutti gli stranieri che venivano a morte nel territorio prima d'aver ottenuto dal principe lettere di naturalità (4). Ma le proporzioni ne venivano d'ordinario di gran lunga ristrette, sia nei riguardi delle cose, sia nei riguardi delle persone cui riferivasi l'incapacità. Quanto alle cose, l'incapacità degli stranieri a trasmetterle ed in certi casi anche a riceverle, limitavasi

(1) Peregrini, cons. XX cit., n° 6: " Igitur alienatione semel libenter facta in forensem, res facta fuit perpetuo alienabilis in forenses... res semel ex causa aliqua facta alienabilis perpetuo durat alienabilis ".

(2) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. XX, nn. 4 e 12-14: " Non obstantibus Statutis in civitatibus Paduae, Vicentiae, Veronae, Brisciae et aliarum terrarum Ser. Dom. Veneti forenses tolerantur acquirere praedia urbana et rustica; per quam quidem diuturnam et longaevam tolerantiam per desuetudinem et usum contrarium derogatur Statutis prohibentibus Forenses emere bona immobilia ".

(3) Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Modena, 1771, lib. II, tit. VIII, *Dei forestieri e loro incapacità di acquistar e delle spatriazioni*, art. 1, 4, 7, 11, 16, 17, 19.

(4) *Editti* citati, parte III, lib. XIII, tit. IV, pag. 1163, col. I.

sovente a quelle immobili. Così lo stesso editto piemontese che colpiva senza distinzioni coll'albinaggio gli stranieri stabiliti nel territorio, ne esentava la proprietà mobiliare di quelli venuti in Piemonte per frequentarvi le fiere (1). Nel diritto milanese la costituzione *De Poenis* parlava di cose immobili, di annui redditi ed usufrutti, autorizzando così anche nei riguardi della successione a far eccezione al divieto nei riguardi dei beni mobili. Il Verri accenna (2) a parecchie decisioni del Senato in questo senso (3); ed in varie leggi particolari il rigore delle disposizioni proibitive riguardava espressamente i beni immobili (4). Quanto alle persone quel diritto in varii luoghi perdeva il suo carattere originario, per ciò che non era impedito a stranieri di lasciare ad altri forestieri, ma bensì ai cittadini di legare a stranieri (5), risultando questa limitazione dagli stessi motivi che si facevano valere nei rapporti fra vivi. Così, anche secondo la costituzione milanese *De Poenis* « sancitum est quod non subditi huic Dominio alicui subdito ab intestato succedere non possint », esentando così dalla incapacità gli stranieri che avessero preteso di succedere ad altri stranieri (6).

Negli stessi riguardi fra cittadini e stranieri le ragioni del diritto e dell'equità naturale persuasero le leggi od ispirarono il costume ad esentare dalla incapacità i figli ed i genitori del defunto (7). Così nel

(1) L. c., pag. 1163, col. II.

(2) Verri, pag. 125 della *Collectanea Decisionum*.

(3) " Ita audito fisco censuit Senatus die 26 maji 1548 ad preces Johannis Scalchi et die 1 octobris 1571 favore Vincentii de Quadrio, et idem declaravit Magistratus Extraord. Reddit. die 26 februarii 1642 referente spect. questore Johanne Guidobono Cavalchino... favore fratrum de Cuzaris Hebraeorum occasione hereditatis Victorii Pii eorum fratris olim hebraei et postea ad fidem catholicam conversi ". Quest'ultima decisione è specialmente importante per dimostrare con quanta larghezza si esonerassero gli stranieri dall'incapacità nei riguardi dei beni mobili, poichè in tal caso trattavasi d'una categoria di persone non ammesse a dimorare nel Ducato di Milano.

(4) Lo Statuto di Ferrara, anno MDLXVII, Ferrariae, Rubeus, lib. II, c. 98: " ... bona immobilia vel quae inter immobilia computentur in ipsa civitate... ".

(5) V. pag. 303, 4.

(6) Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. 20, nn. 12 e 14; cons. 24, n° 17; cons. 19, n° 7 e *Decisiones Patavinae*, pag. 224, 5, decis. 86.

(7) Albertus Brunus, l. c., art. 6, nn. 26 e 51, e si riteneva che lo statuto proibente l'alienazione a straniero si estendesse (Burs., cons. 36, post n. 5, lib. I, ap. *Syntagma communium opinionum*, Lugduni, Cardon, MDCVIII, tom. II, pag. 90 [1]) alla successione intestata quando il divieto fosse concepito colle parole *quocumque titulo* od altre equivalenti.

caso di Angela Rapizia, maritata fuori del Ducato, il Senato milanese decise l'8 marzo 1559 che non dovesse escludersi dall'eredità del padre, ma sottoporsi soltanto alla condizione del domicilio; ed il 22 agosto 1629 pronunciò eguale sentenza in seguito a relazione del senatore Gallia nella causa dei marchesi Estensi contro il cardinale Trivulzio (1). Anche quelli che acquistavano beni nel Ducato per effetto di tali eccezioni al diritto d'albinaggio erano poi obbligati, non meno degli altri proprietarii stranieri, a trasferirsi a dimora nel Ducato. Nelle città del Veneto ed in altre (2) a favore dei genitori e dei figli invalsero i medesimi principii, e talora si ammisero gli stessi stranieri alla successione dei cittadini secondo le regole del diritto comune (3).

In quanto poi gli stranieri erano esclusi dalla successione, non si reputavano indegni, così che le loro cose passassero al fisco, ma si ammetteva da autorevoli giureconsulti che, lasciato un fondo a stranieri, o l'erede potesse liberarsi dal legato versandone il prezzo, o lo straniero entrare nel possesso della cosa e poi venderla ad un indigeno (4). Fra tanti limiti e tante eccezioni può ben dirsi che in molte parti d'Italia il diritto d'albinaggio fosse ridotto a tali proporzioni, da trasformare del tutto la sua essenza e la sua importanza. Ma non mancarono esempii anche della sua totale abolizione. Fin dal secolo XII si trovano convenzioni stipulate con tale scopo (5), e due secoli più tardi si hanno esempii di statuti che ammettono la potestà di dispensare da tale incapacità (6), o parificano sotto tale riguardo nel modo più completo gli stranieri ai nazionali (7). Molti altri statuti accoglievano il principio della reciprocità, sancita in Piemonte da un editto del 1680 (8). Prima ancora il diritto d'albinaggio era stato in quel

(1) Verri, *Collectanea Decisionum ad Constit. Mediol. Dominii.* Appendice alle *Constitutiones Dominii Mediolanensis*, Milano, Malatesta, 1747, II, pag. 125 e segg.

(2) Peregrini, vol. V, cons. IV, n° 3 a proposito del diritto ferrarese.

(3) Stat. Bassan., lib. II, sub Rub. *De prohibita acquisitione forensium* in § *testamento autem.*

(4) Baldus, *De Statutis*, v. *Forenses*, n° 1, e Mantica, *De Conjecturis ultimarum voluntatum*, lib. IX, tit. IX, § 12, Venetiis, apud Zenarium, MDCV, pag. 255: “ Statutum si prohibeat exteros acquirere domos in civitate, aedes possunt eis legari sub modo ita ut vendant et precium recipiant ”.

(5) Pertile, vol. III, pag. 172, n. 45.

(6) Stat. Treviso, Tract. 6, Duc. Provis., Rubr. 26.

(7) Pertile, l. c., pag. 173, n. 50.

(8) *Editti* citati, parte III, libro XIII, tit. V, pag. 1165. Editto di M. R. Maria Giovanna Battista del 3 aprile 1680.

paese espressamente abolito nel 1618 per la città di Torino e nel 1633 per tutti gli Stati di Savoja, colla condizione che gli stranieri, per approfittarne, dovessero stabilire la dimora nel paese e prestare giuramento di fedeltà (1).

Limitato nei riguardi delle persone, ammettendosi sempre la successione degli ascendenti e dei discendenti, limitato ancor più in taluni territorii dal principio che straniero potesse trasmettere a straniero, circoscritto altrove, nei riguardi delle cose, sempre più esclusivamente a quelle immobili, sottoposto a frequenti eccezioni convenzionali e legislative (2), il diritto d'albinaggio ebbe pertanto in Italia una vita ed un'applicazione ben più ristrette che negli altri paesi. Se poi si aggiunga la frequenza delle dispense praticate nelle città venete e la dottrina secondo la quale una cosa appartenuta a stranieri restava in perpetuo alienabile a stranieri (3), apparisce chiaramente come, anche prima della sua abolizione legislativa, in molte parti d'Italia il diritto d'albinaggio fosse praticamente abolito, e come non poche legislazioni codificate antecedenti al regno d'Italia, segnassero a tale riguardo un regresso sul diritto ch'erasi spontaneamente sviluppato in tanta parte del nostro paese nei secoli antecedenti.

104. — Il regolamento dei diritti degli stranieri non aveva dovunque la medesima importanza pratica. Nei paesi di poco commercio i forestieri erano così scarsi e la loro presenza, in qualche caso, così utile ed in ogni caso tanto poco pericolosa, che si poteva senza difficoltà parificarli ai cittadini, come ad Ivrea (4). Dove invece, come a Ve-

(1) *Editti*, l. c., tit. IV. Ordine di Vittorio Amedeo I del 29 agosto 1633, pag. 1164, 5.

(2) De Luca, *Theatrum et veritatis justitiae*, Venetiis, MDCXCVIII, liber tertius, pars I, *De jurisdictione et foro competenti*, disc. LXXXVII, § 9, pag. 187, col. 1: "... Frequenter videamus plures industres nationes praesertim Januenses modica bona stabilia possidentes in patria ob illius territorii angustiam, multa ex hujusmodi juribus cum Principe vel Republica, seu alia bona possidere, ne dum fere per annes Italiae civitates, sed etiam in Hispania, Gallia, Germania, Polonia, aliisque remotis regionibus ac etiam in magna quantitate in Indiis..... " e disc. CIX, " Florentina successionis De Franceschis ", § 2, pag. 230, col. 2: " Negotiatoribus Januensibus, Florentinis, et aliis industribus Nationibus, qui in diversis Provinciis et partibus utriusque antiqui et novi orbis possidere solent bona et effectus ".

(3) V. pag. 303, 4, 5.

(4) Stat. di Ivrea. " Quicumque venerit ad habitandum cum familia in Iporeia tractetur tamquam civis in omnibus et per omnia quousque steterit in civitate ". L. mun., p. 115, 2.

nezia ed a Firenze (1), il loro numero era maggiore e la vita economica molto operosa, maggiormente s'imponeva la necessità di controllare e limitare ogni campo della loro attività in quanto la concorrenza ne potesse riuscire dannosa ai cittadini ed alla individualità dello Stato.

Le incapacità che colpivano più particolarmente i forestieri nello svolgimento della loro vita intellettuale ed economica, riguardavano specialmente l'esercizio delle professioni liberali e quello del commercio. Rispetto alle prime la tutela della fede pubblica ispirava, insieme colla sollecitudine di diminuire la concorrenza agli indigeni, quelle limitazioni; rispetto alle seconde il pensiero della concorrenza era l'esclusivo concetto ispiratore. La proibizione di esercitare l'avvocatura ed il notariato era comune (2), ma non aveva esistito sempre nelle varie regioni, affermandovisi in alcune solo allorquando ne dimostravano la necessità l'esorbitanza del numero dei forestieri e le ragioni di tutela della pubblica fede. Così in Venezia, fino al 1586, si tolleravano anche sollecitatori forestieri. Fu quando s'insinuarono fra questi « ignoranti, banditi dalle loro patrie per sue male operationi et notati di diverse infamie..... con indignità pubblica, e con ruina di molte case private, pupilli et vedove » che si deliberò di riservare quella professione « ai Veneziani o per nascimento o per privilegio », ammettendovi solo eccezionalmente gli stranieri dopo un lungo domicilio (3).

Quanto al commercio, le disposizioni favorevoli o contrarie agli stranieri erano pur sempre ispirate, in un certo grado, dal concetto relativo dell'equità internazionale, ma in un grado ancor maggiore dalla sollecitudine dell'utilità dello Stato. In alcuni luoghi una certa industria, come quella dei mulini a Casale (4), era loro vietata; in altri, come nel Cadore (5), erano loro vietate certe piccole industrie e del tutto proibito il commercio minuto. In città nuove, cui dal

(1) Verso la metà del secolo XIV Firenze aveva 1500 forestieri su 90,000 abitanti.
(2) *Constitut. mediol.*, ediz. del Verri, pag. 50 e 57.
(3) V. pag. 275, 6 e *Stat. Veneti*, Maggior Consiglio 7 sett. 1586 e 21 settembre 1655 " in materia de' sollecitatori ". Ediz. cit., pag. 166 e 200.
(4) Stat. Casale, L. mun., 1058.
(5) Stat. della Comunità di Cadore, ediz. cit.; aggiunte, cap. XXXV, pag. 141, proibizione di raccogliere la trementina nei boschi; cap. LIII, pag. 125, proibizione di vendere al minuto anche per interposta persona; cap. LXXX, pag. 132, proibizione di tenere osteria o taverna.

sovrano si volesse dare un rapido sviluppo, come a Livorno (1), od in città vecchie dove si volesse dar incremento al commercio, come a Nizza (2), gli stranieri erano ammessi a svolgere con speciali privilegi la loro attività economica. In molte città la sollecitudine della coltura intellettuale e del civico decoro ispirava i privilegi dei maestri e degli scolari; in talune si accoglievano come cittadini certi artefici stranieri, come a Napoli, per trapiantarvi una nuova arte od una industria prima sconosciuta.

Venezia, ch'ebbe per tanto tempo il primo posto nel grande commercio marittimo, comprese bentosto quanta utilità avrebbe potuto ritrarre dal proteggere il più possibile i commercianti forestieri stabiliti nel suo porto e dal riservare nel tempo stesso il commercio estero ai soli Veneziani. La mercatura estera riservata ai sudditi, la distinzione fra la naturalizzazione *de intus* e quella *de intus et extra*, che sola conferiva fuori del territorio i privilegi della nazionalità; la proibizione fatta nel 1363 ai mercanti veneziani di noleggiare navi straniere per trasportare mercanzie in Oriente; i divieti sanciti nel 1309, 1328, 1463, 1488, 1490 e 1496 di vendere navi a stranieri; la limitazione della facoltà di assicurare navi e merci, ai viaggi da o per territorio veneto (3), combinati colla protezione della persona e degli averi concessa in Venezia ai mercanti stranieri, son tutti risultati di quella sollecitudine. Anche a Milano non era del tutto negata agli stranieri la facoltà di far commercio, ma questa era regolata, limitata o sospesa secondo il variare delle esigenze economiche del

(1) CANTINI, *Legislazione Toscana*, Firenze, Fantosini, 1804, pag. 10-14. I privilegi si estendono " ai mercanti di qualsivoglia nazione, Levantini, Ponentini, Spagnuoli, Portoghesi, Greci, Tedeschi, e Italiani, Hebrei, Turchi, Armeni, Persiani, ed altri „, e valgono: (art. 1) " per la città di Pisa e scalo di Livorno, per 25 anni, con la disdetta di anni cinque „ e (art. 19) importano, oltrechè i vantaggi economici, anche il privilegio di studiare e addottorarsi; (art. 21) abolizione d'ogni traccia di albinaggio, e per gli Ebrei rinuncia ai diritti dello Stato sulla successione vacante sostituendo il diritto della Sinagoga a quelli del fisco; (art. 25) privilegio di giurisdizione consolare secondo il sistema medioevale per tutti i litigi nei quali non fosse implicato un indigeno; (art. 34) giurisdizione speciale per le cause miste; (art. 29) diritto di comperare beni stabili.

(2) *Editti piemontesi* sopra il portofranco di Nizza, Villafranca e Santo Ospizio, ed estensione dei privilegi ai mercanti di Tunisi e d'Algeri del 2 giugno, 18 luglio e 18 novembre 1626. *Editti* cit., parte III, lib. X, tit. XXI, pag. 1061-1064.

(3) 1586, 26 settembre in Pregadi, Stat., *Leggi civili*, pag. 270. V. cap. IV, pag. 53, 91, 2.

paese (1). Così, dove il credito abbondava o non era necessario, le leggi relative al commercio del danaro ed all'usura si applicavano egualmente all'indigeno ed al forestiero (2); dove la condizione del paese lo consigliava, si concedeva, rispetto a quelle operazioni, un privilegio ai forestieri in genere od a certe categorie di forestieri, come avvenne in molti paesi coloniali per un altro commercio riprovevole, quello della schiavitù (3). Per certi commerci leciti invece la franchigia talora era completa fino ad un dato ammontare di importazioni e parziale soltanto per le importazioni eccedenti un massimo determinato (4).

Riassumendo, si può ritenere che una certa uniformità di diritto esistesse circa l'inettitudine degli stranieri ad acquistare ed a trasmettere proprietà immobiliare, e che, quanto all'esercizio di certe professioni liberali, sopratutto di quelle più o meno intimamente connesse colla fede pubblica, si siano venuti tanto più completamente eliminando i forestieri, quanto più concreto diventò il concetto dello Stato, dei suoi diritti e della sua responsabilità sociale. Quanto poi all'attività puramente economica dei forestieri nel territorio, fino a che la dottrina moderna dei diritti dell'uomo distinti da quelli del cittadino non si fece strada, le leggi variarono di luogo in luogo e di epoca in epoca, secondo le condizioni e le ispirazioni della società civile ch'erano chiamate a governare.

105. — Nel campo della protezione giudiziaria quella garanzia che si presenta come sopratutto desiderabile è d'ordine negativo, ed importa che nessuno possa essere sottratto ai proprî giudici naturali, se non lo esigano, in ragione della materia, le regole obbiettive della competenza. Perciò consideravasi tirannica la disposizione ateniese

(1) La grida (v. raccolta citata) del 6 agosto 1633 ordina che " nissun forestiero possa comprare alcuna sorta di grani nè in scritto nè in parola et che nessuno possa vendere loro sotto pena della vita et della perdita delle robe comprate ". Il cardinale Albornoz colla grida del 17 maggio 1638 permetteva invece senza eccezioni " il commercio fra i sudditi del Ducato e quelli del re Cristianissimo ".

(2) 10 giugno 1254 in Maggior Consiglio. Della pena di quelli che dànno ad usura: " quod nullus habitator Venetiarum audeat ad usuram dare Venetiis... Item forinsecus, etc. ".

(3) Trattato Ispan.-Ingl. del 10 luglio 1707, trattato dell'Assiento e convenzione del 26 maggio 1716 esplicativa di quel trattato nel *Supplément au Recueil des principaux traités*, par De Martens, vol. I, Goettingue 1802, pag. 64-72 e 131-9.

(4) Giovanni Villani, libro XII, cap. XXV, Patti di Firenze con Pisa, e Matteo Villani, lib. VII, cap. XXXI.

che obbligava gli alleati a venir in Atene per far decidere le più importanti fra le loro controversie (1); perciò nel medio evo si giudicava insopportabile, secondo molte consuetudini, lo stare in giudizio fuori della propria città, o l'ottemperare ad un giudizio reso fuori di quella (2); ed anche ai giorni nostri apparve contraria all'equità e provocatrice di ritorsioni la regola eccezionale di competenza sancita nell'articolo 14 del Codice civile francese (3).

Tanto più necessaria dev'essere considerata questa nazionalità della competenza, quando le garanzie giurisdizionali non hanno raggiunto dovunque un identico grado di sviluppo. Sicchè, mentre molte leggi provvedevano perchè il convenuto nazionale non potesse citarsi davanti a giudice forestiero (4), si provvedeva talora perchè questo potesse adirsi, per accordo d'entrambe le parti, solo allorquando riuscissero loro sospetti tutti i giudici della città (5). Simili garanzie erano pur accordate da Venezia alle città soggette (6) i cui cittadini non dimoranti a Venezia non vi si traevano a litigare se non per debiti contratti, e patti stipulati in quella città.

Lo straniero attore veniva trattato, nelle città più sollecite del proprio credito, come l'attore cittadino. Non mancano nell'antico diritto veneto anche conseguenze feroci di questa regola, come quell'esecuzione concessa al creditore sulla persona del debitore insolvente, che ha fornito allo Shakspeare una delle più drammatiche fra le situazioni delle sue tragedie (7). Ma, pur senza trascendere a tanto barbari

(1) V. pag. 87-89.

(2) Cibrario, *Storia della monarchia di Savoja*, Torino, Fontana, 1840, vol. I, pag. 310 e segg., Docum. I, Consuet. di Genova: Alberto Marchese, figlio di Opizzone, promette di osservare le consuetudini di Genova (1056).

(3) Art. 14 C. c. fr.: " L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger avec des Français ".

(4) Pertile, vol. III, pag. 166, n. 20. V. esempii di trattamento più duro del convenuto straniero in confronto di quello nazionale.

(5) Albericus a Rosate, *De statutis*, lib. II, quest. 100.

(6) Parti del 31 marzo 1435 e del 6 giugno 1524, doge Andrea Gritti: " Statutum fuit quod subditi Terrarum et Locorum nostrorum non traherentur extra forum suum ad veniendum huc in judicium, nisi pro debitis et contractibus factis in hac urbe ". *Statuti Veneti*. Leggi civili, pag. 239*t*, 240*v*.

(7) Carta di Promissione del doge Orio Mastropiero, MCLXXXI, ediz. Teza, Bologna, Fava e Garagnani, 1863 (*h*): " Statuimus praeterea ut quicumque de debito facto alicujus forinseci judicatus in curia nostra fuerit, quod debeat reddere debitum; quod si non redditerit, persona illius tra-

eccessi, trovansi statuti secondo i quali allo straniero attore rendevasi giustizia come all'attore cittadino (1), subordinando soltanto questa eguaglianza alla condizione della reciprocità (2). Lo statuto di Padova ammetteva ad agire davanti i tribunali della città l'attore straniero senza riservare tale condizione, ma lo obbligava a prestare la cauzione *judicatum solvi* (3) e gli impediva di eludere questo obbligo mediante la cessione delle proprie ragioni ad un cittadino (4). Tale prestazione della cauzione *judicatum solvi* era, del resto, obbligatoria nello Stato veneto per tutti quei forestieri che non avessero posseduto beni nello Stato; fu accolta espressamente nel diritto milanese (5), e, giustificata del resto da molte ragioni di opportunità e di equità, giunse fino ai nostri tempi come un tratto caratteristico del diritto europeo.

datur forinseco qui de illo fuerit nobis conquestus, sive omni occasione. Si autem absens fuerit contra mandatum nostrum debitum non solverit, quod similiter ejus persona tradatur forinseco, ut dictum est (*Promiss. del Maleficio*, XIX. — V. anche *Prom. Mastr. e Prom. Malef.*, XVIII, in fine.

(1) *Stat. Parm.*, ediz. cit., lib. II, pag. 139, 140: " Potestas et ejus judices... teneantur reddere racionem foresteriis de eo quod habere deberent ab hominibus civitatis Parmae... „.

(2) *Stat. Chieri*, rubr. 90: " De jure non faciendo in Cario aliqui extraneo alicujus loci ubi Cariensis jus habere non possit „ e Stat. Modena (1327), lib. III, 26: " ... illud jus reddatur in civili et criminali alienigenis sive forensibus in districtu Mutinae quod redditur civibus et districtualibus Mutinae in eorum civitatibus, terris vel locis. Cum multae represaleae datae sint per plures civitates et loca Lombardiae et alibi contra comune et homines Mutinae propter jus quod non redditur forensibus in civitate Mutinae de eo quod habere debent... ab hominibus civitatis Mutinae... statuimus... quod judices teneantur et debeant jus reddere cuilibet forensi de debitoribus civibus et comitatinis civitatis Mutinae... Quod statutum prosit civibus et comitatinis aliarum civitatum tantumque reddiderint jus subjectis Comuni Mutinae „. Edizione di Parma, Fiaccadori, 1864, pag. 304, 5 e prefazione del Campori, pag. clxxxii, iii; Stat. Treviso, lib. II, tratt. I, rubr. 18.

(3) *Stat. Padova*, lib. I, rubr. V (vol. I, pag. 182), cap. IV: " ... Hoc tamen salvo quod dictus forensis teneatur, et debeat dare fidejussionem de stando juri et de expensis restituendis, si apparuerit ipsum non habere bonam caussam „. Stat. Parm., ediz. cit., lib. II, pag. 138, impone l'obbligo della cauzione tanto al convenuto quanto all'attore straniero.

(4) *Stat. Pad.*, lib. II, cap. V, rubrica (vol. I, pag. 286, 7): " Nullus de Padua vel de Paduano districtu possit vel debeat accipere aliquod jus et actiones vel donationem in se recipere ab aliquo forense.... contra civem Paduae „.

(5) *Constit. de Judiciis* nelle *Costit. Mediol.*, ediz. 1574, lib. II, pag. 40: " Hujus tamen constitutionis beneficio uti non possint forenses non suppositi jurisdictioni ejus Judicis contra quo uti voluerint, nisi ante omnia, parte citata, subjiciant se jurisdictioni illius Judicis, de premissis omnibus adimplendis ac expensis solvendis „ e Verri, pag. 59 della *Collectanea Decisionum*.

Lo straniero convenuto od accusato si tutelava di regola sottraendolo alla giurisdizione del paese non suo, e quando nel territorio di questo doveva giudicarsi non mancarono leggi che gli attribuivano la stessa garanzia riservando la competenza della sua autorità consolare (1). Così era per l'antico diritto veneto (2), secondo il quale i reclami del Veneziano contro il forestiero dovevano rivolgersi al doge, dal quale doveva deferirsi la controversia al podestà o console di quel forestiero, provvedendo anche con provvisorii sequestri, a danno di lui o di altro suo connazionale, a garantire i diritti dell'attore nazionale.

La competenza strettamente territoriale poteva essere modificata, nei riguardi del diritto penale, quando lo straniero fosse stato complice di delinquenti nazionali (3); ed in questo caso, come in quello dei delitti commessi quali attori principali nel territorio, la pena, nei riguardi dei forestieri e dei non domiciliati da lungo tempo, poteva essere raddoppiata in confronto di quella dei delinquenti indigeni (4).

Nei riguardi dei rapporti civili lo straniero poteva essere citato, indipendentemente dalle norme eccezionali di competenza, o perchè si trovava nel territorio, o perchè vi aveva contratto obbligazioni, o perchè era suddito del paese per ragione di origine o di domicilio, quantunque fosse accidentalmente assente dal territorio (5). Nel caso di assenza, tanto meno allora che ai nostri giorni, dato l'imperfetto stato delle comunicazioni, potevasi provvedere perchè la citazione fosse sempre effettiva e personale; ma vi si dava una certa pubblicità in grado diverso nei due casi, che lo straniero da citarsi o avesse

(1) V. pag. 309, nª 1.

(2) *Stat. Ven.*, lib. I, cap. LXVII, ediz. cit., pag. 26 *v.* Cfr. *Promiss. Mastr.*, c. 23.

(3) *Stat. di Padova*, libro V, prima rubrica, Stat. XII, 1262, Podestà Giovanni Badoero.

(4) *Stat. di Padova*, libro V, quarta rubrica, Stat. XXI, 1286, Podestà Verri de Circuli, e sesta rubrica, Stat. XII, cap. I e II, 1288, Podestà Ottolino de Mandelo.

(5) De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, liber tertius, part. I, disc. XC, riconosceva che tale doveva essere il criterio della competenza, e lo escludeva nel caso concreto, soltanto perchè trattavasi di un feudatario, cui spettava l'immunità della giurisdizione riconosciuta tuttora anche all'estero alla persona dei principi regnanti " quia tot finguntur personae formales, quot sunt Dominia..... et consequenter plurium possessor, pro rebus ad unam spectantibus non dicitur subditus illius Principis vel fori, cujus est subditus ratione alterius Dominii seu Principatus ".

abitato e non abitasse più, o non avesse abitato mai nello Stato (1). Il convenuto straniero era poi protetto a Venezia impedendo all'attore nazionale di prolungare oltre il necessario il litigio con artifici di procedura, e non solo annullando, quando ciò facesse, le garanzie reali concessegli dal doge sui beni dei forestieri, ma imponendo anche all'attore una multa da dividersi fra i signori di Notte, il Comune ed il convenuto stesso (2).

106. — Le garanzie giurisdizionali del convenuto straniero sono originariamente relative alla competenza e tali si mantengono ai nostri giorni nei rapporti fra i popoli civili e quelli meno progrediti: lo straniero assente non è che eccezionalmente citato nel paese; lo straniero citato deve rendere ragione davanti i proprî giudici o consoli sotto l'alto controllo dei poteri supremi dello Stato (3). A tali privilegi giurisdizionali era pur sempre dato allo straniero di rinunciare (4) e nei rapporti fra popoli civili, a mano a mano che l'idea dello Stato si sviluppa e si completa, la giurisdizione consolare viene abbandonata, e nazionali e stranieri senza distinzione sono chiamati a discutere le loro controversie davanti le stesse magistrature territoriali. Ma in alcuni paesi, tra l'uno e l'altro sistema, ebbe vigore un sistema intermedio, esplicatosi o coll'introduzione nella magistratura nazionale d'un elemento giudicante straniero quando dovevano trattarsi litigi interessanti stranieri, o coll'attribuire tali giudizii ad

(1) *Editti Piemontesi*, parte I, tit. III, pag. 5, col. 1: " Non avendo casa et habitatione certa overo habitando fuori delli Stati nostri, la citatione si farà per un trombetta o messo... et in presenza di due vicini... Ma se per caso colui che si ha da citare non havesse mai abitato nelli Stati nostri, la citatione si farà davanti al palazzo del Magistrato similmente per un trombetta... e si criderà che si cita il tale per comparer... fra il termine di quindici giorni. E fatto questo il trombetta attaccherà al muro... un breve che contenga il tenore della citatione. E se non comparirà alcuno vogliamo che l'ultimo giorno del termine si torni a far il medesimo atto di citatione... donando ancora altri quindici giorni... ". Così anche nei riguardi penali a Padova si citava il forestiere assente " pubblicamente sopra le scale del palazzo " e " con lettere al Podestà del luogo dal qual si dicesse che quel forestiero fosse, purchè quel luogo sia vicino a Padova almeno tre dicete ". Stat. Padovani, libro V, rubrica VII, Stat. XI, 1288, Podestà Ottolino de Mandelo. A Venezia nelle cause civili l'attore doveva " absentes stridare semel ad Sanctum Marcum, semel ad Rivum Altum et semel at domum suam et statuant eis terminum congruum ". *Stat. Venet.*, lib. III, cap. VII, pag, 34*v* e LVIII, pag. 50*v*.

(2) *Statuti Veneti*, lib. VI, cap. XX, pag. 79*v*.

(3) V. cap. anteced., n° 86 e pag. 248, 9.

(4) Giason del Mayno, in l. *Testamenta*, n. 2, C. *De testam.*

una magistratura, prettamente nazionale nella sua formazione, ma specialmente incaricata di quell'ordine di controversie. Della prima specie furono i giudizii *de medietate linguae*, della seconda i giudizii speciali veneziani.

Durante il periodo delle Crociate, quando assai numerosi erano i forestieri che trovavansi a Venezia, diretti all'Oriente o transitanti di là per tornare in patria, fu creata per quelli una magistratura speciale, detta il giudice *del forestier*. Questa risultò nel secolo XII dallo smembramento della magistratura comune, ad una parte della quale, detta magistrato *del proprio*, furono riservati i litigi fra indigeni, mentre all'altra furono affidati quelli fra Veneziani attori e stranieri, o fra forestieri, ai quali doveva rendere giustizia secondo la forma dei patti colle altre nazioni, o, in mancanza di convenzioni, secondo le leggi e le consuetudini veneziane. La competenza si determinava poi non già secondo la nazionalità di chiunque fosse nel momento del litigio investito del diritto contestato, ma secondo quella del suo autore al momento in cui era sôrta la causa del litigio (1). Così si evitavano quegli inconvenienti che la simulata cessione delle proprie ragioni andò producendo ai tempi nostri nei paesi di capitolazioni e specialmente in Egitto, prima della istituzione dei tribunali misti. Nel 1244 fu poi ordinato dal doge Giacomo Tiepolo il magistrato dei giudici di petizione, incaricati di esaminare e definire tutte le petizioni e querele di Veneziani e forestieri e contro Veneziani o forestieri, tenendo una procedura più rapida dell'ordinaria; e di provvedere alla riparazione delle spogliazioni patite da un Veneziano fuori di Venezia per opera di un forestiero. Erano escluse dalla competenza di questi magistrati tutte le materie già affidate ad altri giudici dalla legge (2), e quando fosse sorto fra gli uni e gli altri un conflitto di competenza, questo doveva risolversi dal doge e dal suo Consiglio (3).

Per le controversie però fra Veneziani e forestieri o fra forestieri, sôrte a Venezia, il conflitto fra la Corte di petizione e quella dei forestieri poteva decidersi anche dalle parti, potendo l'attore ridursi alla seconda magistratura, nel qual caso la prima non doveva più intro-

(1) *Stat. Veneti*, lib. I, cap. LXX.

(2) *Statuta judicum petitionum* negli *Statuti Veneti*, edizione citata, pag. 103*v*-106.

(3) " Judices diversorum officiorum de jurisdictione fori discordes, eant ad dominum Ducem et ejus Consilium ", pag. 106*v*.

mettersi nella controversia (1), salvo i patti che potessero esistere a tale proposito fra il Comune di Venezia e gli altri Comuni. Il giudice del forestiere aveva dunque una destinazione più esclusiva agli stranieri ed un carattere più puro di magistratura civile; quello di petizione era accessibile anche agli stranieri e si distingueva piuttosto per la rapidità della procedura e per il carattere prevalentemente penale della competenza, sia pur limitata all'azione privata; e ad ogni contatto e conflitto fra l'una e l'altra Corte, il dubbio che ne derivava poteva essere risoluto sia dall'arbitrio del doge, sia in qualche caso dalla scelta delle parti. Il giudice del forestiero ebbe poi un accrescimento di attribuzioni analogo a quello avvenuto per il giudizio ricuperatorio a Roma nei riguardi dei nazionali (2) e per le magistrature mercantili in Atene nei riguardi degli stranieri (3). Fu consentito che anche fra Veneziani, per debito non superiore alle lire cinquanta di danari veneziani e non più antico di cinque anni, si adisse il giudice del forestiero (4), mentre per la riduzione dei contratti usurarii alla giusta misura d'interesse, ai *consoli dei mercadanti* era stata data il 2 marzo 1357 una competenza, senza distinzione di nazionalità, analoga a quella antica dei tesmotéti (5). Una legge dell'11 novembre 1388 vi aggiunse la competenza per gli affitti di fondi veneti e le cause di navigazione, cioè i litigi fra i capitani, i loro ufficiali, i marinai ed i mercanti che avevano caricato sulla nave; a queste fu aggiunta più tardi la conoscenza di tutte quelle cause che fossero delegate dal Maggior Consiglio (6).

La condizione degli stranieri, anche indipendentemente dai litigi

(1) *Stat. Ven.*, lib. VI, cap. LX.
(2) V. pag. 173.
(3) V. pag. 90, 91.
(4) *Stat. Ven.*, lib. I, cap. XLV.
(5) V. pag. 90, 93 e 94 e *Statuti Veneti,* Consulto del Maggior Consiglio del 29 marzo 1357; l. c., pag. 112*v*.
(6) Tale magistratura fu definitivamente organizzata dalla legge del 22 giugno 1522. I giudici che la componevano erano tre; duravano in ufficio sedici mesi e dovevano prestare giuramento di sedere ogni giorno per amministrare la giustizia, di farsi leggere ogni mese, per maggior sicurezza di eseguirlo fedelmente, il capitolare dell'ufficio, di obbedire al doge come giudici della Corte Ducale qualora egli li chiamasse per affari spettanti alla loro magistratura, di osservare le prescrizioni ed i decreti che il doge, colla maggioranza del Minor Consiglio e col bando di quello Maggiore, aggiungesse o levasse agli statuti generali od al capitolare speciale dell'ufficio, e finalmente di non abbandonare l'officio sottostando, nel caso di abbandono per trenta giorni, alla pena della dimissione.

che li riguardavano, era poi modificata dalla possibilità delle rappresaglie, tanto più frequenti nei rapporti fra Stati ove non sia ancora ben progredita l'amministrazione della giustizia. I paesi dove la giustizia era meglio amministrata, non potevano, nei rapporti con quelli la cui legge e la cui magistratura trovavansi in condizione inferiore, abolire la rappresaglia, ma soltanto disciplinarla, per guisa che venisse a sostituire la negata giustizia e non uscisse dai limiti del giusto appunto quando proponevasi di reintegrarlo. Prima, e più completamente che in altre parti d'Europa, ciò avvenne a Venezia. Il diritto di decidere, di fare e di autorizzare rappresaglie vi venne riserbato esclusivamente al Governo e l'esercizio ne fu circoscritto ai limiti sufficienti ad ottenere il risarcimento del danno patito (1). A tale scopo venne istituito nel secolo XIII un collegio di Quindici, chiamato appunto Collegio alle Rappresaglie. Lo componevano il doge, che ne aveva la presidenza, quattro consiglieri, tre avvogadori, quattro sopraconsoli e tre provveditori del Comune. Tale magistrato aveva la missione di procurare che si restituissero dai principi stranieri le cose tolte ai Veneziani, procedendo in caso diverso al sequestro di cose di valore equivalente appartenenti sia a quei principi, sia a loro sudditi, dovunque fosse dato colpirle e facendole trasportare a Venezia. I privati veneti che avessero voluto vendicare offese o rappresaglie patite, con altre rappresaglie, non potevano farlo senza averne ottenuto autorizzazione dallo stesso Collegio, che fissavane anche l'estensione, proporzionandola al danno sofferto (2).

107. — In tale condizione di cose, fra tanto frazionamento di territorii e di autonomie, e tanta attività giuridica ed economica che svolgevasi dagli individui fuori del paese cui appartenevano, dovevano sorgere in notevoli proporzioni i rapporti di diritto internazionale privato. Ma il sistema di diritto positivo ancora vigente, ed i concetti non ancora abbandonati circa la competenza legislativa, il vigore della legislazione generale e quello delle leggi particolari, dovevano senza dubbio conferire al sistema di diritto internazionale privato, che si veniva svolgendo, certi caratteri peculiari del tutto incompatibili così colla vita delle ristrette società internazionali

(1) Bartolus, *Tractatus represaliarum*, I, § 3, 4, 7; II, § 9, 11; III, § 2. Venetiis, apud Juntas, MDCXV, tom. X. delle Opere complete, f. 119*v*, 120*r*, 120*v*, 121*r* e 121*v*.

(2) Tale collegio durò fino al 1456, nel qual anno le sue attribuzioni furono trasferite al Senato.

antiche, come con quella della più comprensiva società internazionale moderna. Anzitutto era generalmente riconosciuta (1) quell'autorità del diritto comune romano che ai nostri tempi non è stata più riconosciuta se non eccezionalmente in un numero sempre più ristretto di paesi. Il diritto romano era rispettato generalmente come norma regolatrice della vita giuridica, norma cui derogavano esplicitamente, come tante eccezioni, le leggi locali. In queste si manifestava l'autonomia locale; in quanto questa non si fosse o non avesse potuto manifestarsi, imperava il diritto comune. Questo, emanazione d'un'autorità superiore, era vigente per sè e non modificabile nè sviluppabile dai sovrani dei singoli territorii; quelle potevano allontanarsi dal diritto comune nei limiti dei territorii rispettivi, mutandosi secondo i bisogni del tempo e del luogo. Il diritto romano era dunque di regola presunto in vigore dovunque uno statuto particolare non vi avesse derogato, purchè non si trattasse di popoli barbari estranei, come alla civiltà ed alla tradizione, così anche alla vita giuridica romana. In quanto poi lo statuto non disponesse altrimenti, gli stranieri dovevano considerarsi capaci di diritti e regolati nell'esercizio di questi secondo le norme del diritto comune.

Ma oltrechè valere il diritto romano come diritto comune vigente, esso fu considerato lungamente come un diritto vivo e capace di sviluppo, potendosi aggiungere costituzioni al Codice, per opera dell'imperatore. Un sistema giuridico tramandato da un altro tempo e da un'altra civiltà vigeva pertanto, in quanto le leggi particolari non lo modificassero nei territorii rispettivi, come legge comune. Una sovranità posta fuori dei singoli territorii era sola competente ad aggiungere qualche cosa a quel diritto comune, conservando una universalità di competenza legislativa che sopravviveva al riconoscimento del suo potere politico. Oltre i limiti dell'epoca romana vigeva dunque il diritto dei Romani; ed oltre l'ambiente ch'era stato o che poteva dirsi ancora romano, sopravviveva la tradizione della sovranità imperiale; due concetti che si sostenevano a vicenda, lottando contro le forze della storia che ne preparavano la distruzione.

Tale avanzo della sovranità civile dell'imperatore oltre i limiti dell'impero apparisce nella competenza di lui a legittimare con pienezza di effetti gli illegittimi, in modo valido anche rispetto a territorii non soggetti alla sua autorità. E si ammetteva nel principe questa

(1) V. pag. 267, 8.

facoltà anche rispetto alle successioni fedecommissarie a danno degli stessi sostituti indicati nell'atto costitutivo, purchè il principe avesse dichiarato nel legittimare che intendeva di produrre anche tale conseguenza. Nè la esistenza di figli legittimi ritenevasi sempre e da tutti un ostacolo insuperabile alla legittimazione degli spurii, deducendosi anche questa facoltà dal potere assoluto del principe (1). Ora tale facoltà così estesa riconoscevasi in ciascun paese al principe con effetto territoriale (2), ma con effetto universale soltanto all'imperatore la cui legittimazione era la vera *legitimatio per rescriptum* del diritto romano che, secondo Baldo, « removebat solum nubeculam quae dicebatur spurietas » (3). Tale facoltà dell'imperatore si riteneva poi da tutti delegabile e da molti anche implicitamente delegata ai conti palatini (4), anche nei paesi cui questi conti erano soggetti; ed

(1) Bald., *Consilia*, pars I, cons. CLXXIII: " ..... quoscumque ex illicito et damnato coitu procreatos ad omnia jura legitima restituere, omnem geniturae maculam penitus abolere restituereque ad omnia et singula jura successionum... nec ullo jure est cautum quod jus imperiali beneficio quaesitum tollatur per liberos postea nascentes, cum non fuerit legitimatio facta in defectum liberorum, sed ad concurrendum cum ipsis..... quando pater legitimat filium suum (opin. di Bartolo) quod dicit legem rei suae idest successioni suae valeat legitimatio etiam filiis non citatis quemadmodum potest bona sua alienare et de eis testare. Nam cum possit legitimare legitimis invitis nec habeant jus contradicendi ergo est eis ignorantibus ". — Contr. Alexander Tartagnus, *Consilia*, Venetiis, 1499, vol. V, Cons. 187, n. 11 e 188 in fine; Bart. a Salic., super V Codicis, *De naturalibus liberis*, Lex XI, Authent. *Item fine*, § 2.

(2) Bald., *Consilia*, pars II, cons. CCXXII, ediz. Brescia, 1490: " ... ista enim legitimatio est quoddam donum patris vel principis in quo non requiritur consensus legitimorum "; Bald., in primum Codicis, L. *Cunctos Populos, De Summa Trinitate et fide catholica*, nn. 13 e 14.

(3) Bald., Ad lib. primum Dig. *De justitia et jure*, Lex IV, § 6: " ... ergo illa legitimatio valet ubique locorum quia quod naturale est suas radices entendit ubique "; Paul. de Castro, pars II, sup. Cod., rubr. *De jure aureorum annulorum*, § 3, edit. Lugduni 1540, pag. 17 *v;* Gozad., cons. 6, n° 63: " ... Quatuor sunt species legitimationis, prima per quam disponitur super radice et vitio matrimonii et hanc Papa solus facere potest. Secundo est quando non disponitur super matrimonio sed tantum de prole eam restituendo antiquis natalibus et ingenuitati antiquae, hoc expresse declarando, et haec est vera legitimatio et sic legitimatus efficitur vere legitimus... etc. ".

(4) Bald., *Consilia*, pars II, cons. CCXCV: " ..... sciendum est quod Caesar de jure potest et de facto consuevit tam legitimare quam alteri hanc potestatem et auctoritatem dare... Et habet comes potestatem quantum tenor litterarum caesarearum concedit " e Baldus, super tertio Codicis, lex II, § 39, *De servitutibus et aqua:* " Et licet imperator facit me comitem ad legitimandum spurios...; ego non potero legitimare si per hoc prejudicaretur legitimis filiis vel juri acquisito et radicato alteri; licet imperator hoc posset nisi

era nell'imperatore riconosciuta anche da Stati che non riconoscevano politicamente la sua autorità sovrana. Così avveniva nella Repubblica veneta dove, pur non tollerandosi limite alcuno all'indipendenza dello Stato, si riconosceva l'effetto di quelle legittimazioni, prima senza limiti e più tardi, dal 30 luglio 1567, quando fosser seguite dopo istanza del padre (1), ed in quanto non ne risultasse una violenza a disposizioni di ultima volontà che implicitamente od esplicitamente avessero escluso i legittimati (2).

In tutto ciò apparisce un vero avanzo della potestà universale dell'imperatore che, di fronte al diritto romano vigente, rappresentava in vigore la romana sovranità. Nello stesso modo che Baldo riconosceva all'imperatore quel diritto di espropriazione che negava allo statuto delle città (3), era attribuito all'imperatore in concorso colle sovranità locali il diritto di legittimare gli illegittimi. Questa facoltà, che sopravvisse di tanto alla effettiva supremazia politica della persona cui era attribuita, fu a poco a poco disconosciuta dalle varie sovranità particolari come una conseguenza del misconoscimento dell'autorità da cui derivava ed abbandonata dalla sovranità imperiale stessa, ma era pur stata in vigore durante tutto il periodo di risorgimento della scienza giuridica e di formazione del diritto internazionale privato. E per essa manifestavasi un regolamento dello statuto personale che era estraterritoriale così nei suoi effetti giuridici come nel fatto del riconoscimento della sentenza da cui derivava.

specialiter hoc mihi concesserit Imperator. Solius enim principis privilegium est jura unius aufferre et alteri dare ex plenitudine potestatis „; PAUL. DE CASTRO, sup. Dig. Vet., lib. II, *De jurisdictione omnium judicum*, l. *Solet praetor*, § 1, edit. Lugduni 1540, pag. 22*r*; Contr. ROSELL. in *Tract. Legit.*, II, p. in Rubr. *De causis paternit. legit.*, n° 6 e MARTINO LAUDENSE, in *Disputat.* che comincia: “ Auger Seio in §: quaero an bastardus infans possit legitimari „.

(1) PEREGRINI, *Cons.*, vol. IV, cons. 17, n° 4 e cons. 15, n° 5: “ Et quamvis certum sit Imperatorem in terris subditis Serenissimae Reipublicae Venetae, Reip. dominio nullam superioritatem habere: ac ideo jure posset Princeps Venetus rejicere ex defectu potestatis legitimationes factas, ab istis Comitibus Palatinis etiam ad postulationem patris... Tamen Sereniss. Resp. recepit in toto suo Statu legitimationes factas ex privilegis Caesarum..... plerique Nobiles Veneti utuntur privilegiis et legitimant in Statu Veneto. Et novissime ex Senatucons. 1576 decisa est quaestio valere legitimationes ex privilegiis istorum Comitum Imperialium ad Patrum petitionem, quoad effectum succedendi in bonis paternis et Paduae ultra exempla a me relata extant „.

(2) PEREGRINI, *Cons.*, vol. IV, cons. XLI, n° 6 e vol. III, cons. XVI, n° 13.

(3) BALDO, *De Statutis*, v. *Vendere, venditor*, n° 5.

108. — Le stesse cause andarono qua escludendo, là respingendo in seconda linea, il diritto comune romano. Quantunque il riconoscere come vigente un sistema di diritto ricevuto dalla storia non dovesse ripugnare all'indipendenza degli Stati come ripugnava il riconoscere comunque la competenza superiore d'una sovranità ancora esistente, pure altre cause furono sufficienti a far disconoscere in molti paesi il vigore del diritto comune od a rendervelo sempre più limitato e subordinato. La base e le tradizioni diverse del diritto nazionale lo fecero respingere fin dal cessare del dominio romano in Inghilterra (1); lo sviluppo autonomo del diritto statutario locale e la codificazione lo fecero respingere recentemente in molti Stati europei; ma, anche prima della codificazione ed in paesi che pur appartenevano alla cerchia di civiltà romana, la supremazia d'una città su altre indusse talora la prima ad imporre alle altre il proprio diritto come comune (2). Tale era il caso di Venezia che nel territorio della dominante ricorreva, nel silenzio del diritto locale, ai casi simili ed alle consuetudini ed al prudente arbitrio del giudice e che, nelle città soggette, completava il diritto statutario col proprio diritto (3), nello stesso modo che soleva applicarsi altrove il diritto romano ed ammettendo il ricorso a questo soltanto in seconda linea. Tale pure era il caso di Firenze e di Milano e degli altri dominii complessi (4), per le terre soggette, così da non ricorrersi più dal diritto locale al diritto romano direttamente, se non che nelle terre soggette all'impero.

La legge civile locale, quantunque sovrana nel proprio territorio, poteva pur subire nella stessa cerchia di quel territorio molti limiti del tutto incompatibili col sistema attuale degli Stati. Poteva avvenire cioè che alla legge, nel suo stesso territorio, si potesse far eccezione, riducendola praticamente inefficace. Ciò accadeva senza dubbio nelle terre soggette, in quanto il loro diritto fosse in qualche parte contrario al benessere dello Stato dominante od in quanto si opponesse ad una disposizione generale esplicitamente proibitiva del diritto di questo. Lo stesso poteva avvenire, finchè il concetto dell'autonomia dello Stato non ebbe prodotte tutte le sue conseguenze, ogniqualvolta il diritto

(1) V. pag. 268.
(2) V. pag. 269.
(3) PEREGRINI, *Cons.*, vol. IV, cons. 20, nn. 2 e 57; vol. I, cons. 63 e vol. III, con. XI, n° 27.
(4) PAUL. DE CASTRO, Prima sup. Digesto Veteri, *De justitia et jure*, § 7 (pag. 9*r*) e Secunda sup. Digesto Veteri, *De pignoratitia actione* in l. *Si nuda* § 4 (pag. 83*r*).

locale contraddicesse in genere, od almeno fosse in qualche parte in contrasto con esplicite disposizioni proibitive del diritto comune (1). E mentre ora il potere legislativo è solo arbitro nel dar forma concreta ed obbligatoria ai concetti della giustizia, ed i difetti intrinseci dei suoi comandi possono offrir bersaglio alla critica, ma non argomento alla giurisprudenza per negar applicazione alla legge, allora si aveva tanto rispetto per il diritto in sè da mettere in dubbio la validità di ogni legge che fosse in aperta contraddizione colle regole fondamentali della giustizia e del diritto naturale (2). E questo stesso concetto faceva sì che la consuetudine, espressione della coscienza giuridica popolare, potesse scusare il giudice decidente contro la legge (3) e che tanto lo statuto quanto la consuetudine si dovessero tenere in non cale quando contraddicessero coll'onestà e coi buoni costumi (4). Il rispetto del diritto naturale come legge assoluta e superiore; il rispetto del diritto comune come diritto positivo generale che in varia misura poteva escludersi dal legislatore locale, ma che, non espressamente escluso, valeva dovunque, indipendentemente dalla sanzione di lui; il carattere di patto e di atto di suprema giurisdizione che aveva originariamente lo statuto: tutto ciò porse occasione lungamente ad un'indagine, ora impossibile in un territorio rispetto alle leggi del paese; l'indagine cioè della validità od invalidità della legge dello Stato. Nel tempo stesso il carattere comparativo del diritto comune e del diritto locale, doveva limitare l'applicazione di questo al territorio dove era stato sancito, mentre rappresentava coll'autorità universale di quello l'applicazione estraterritoriale per eccellenza delle norme di diritto privato.

Esistevano dunque e numerosi, nel periodo di formazione degli Stati italiani e nel periodo immediatamente successivo, i rapporti di diritto internazionale privato. Il frazionamento dei territorii preparava il terreno favorevole al loro sviluppo, e vi porgevano occasione gli spostamenti frequenti delle persone e l'intreccio dei rapporti economici. Ma le questioni di diritto internazionale privato dovevano

(1) Alberic. de Rosate, *De Stat.*, lib. I, quest. VII, 1-4 e IX, 43; lib. II, quest. 122, 2: " Communiter tamen totus mundus servat contrarium quia inter suos civitas potest condere statuta et contra jus commune ".

(2) Bald. in Cod. I, *De Summa Trinitate*, n° 8: " ... quia finalis intentio est turpis... ". Albertus Brunus, Cons. 1, n° 49, *inter cons. feudalia*.

(3) Bart., in lib. I, tit. II Dig., *Quodquisque juris*, § 7-9.

(4) Rochus Curtius, *De Consuetudine*, cap. XI, § 30. Ediz. Venezia 1584, pag. 350 *r*.

porsi ed erano regolate in modo del tutto diverso da quello che segue nel nostro tempo. Ora tali questioni son poste così: 1° In quanto allo straniero spetti l'esercizio dei diritti civili e la protezione della magistratura; 2° In quali limiti si possa applicare allo straniero ed ai suoi rapporti giuridici la legge personale di quello e la legge d'origine di questi; 3° In quale proporzione, a preferenza di quest'ultima, debba sempre imperare sull'uno e sugli altri la legge territoriale.

Allora, cioè in quel lungo periodo intermedio che corse fra l'abbandono della personalità delle leggi e lo sviluppo a noi contemporaneo della legislazione, le questioni di diritto internazionale privato dovevano proporsi di necessità in modo diverso: 1° Anzitutto la validità della legge locale, di cui ora non è possibile discutere, si discuteva anche nei rapporti del diritto interno, e il carattere di patto e di regola eccezionale che s'attribuiva allo statuto, tanto più autorizzava a contestarne l'applicazione nei riguardi degli stranieri; 2° I diritti civili, che ora possono essere garantiti allo straniero soltanto dalla legge locale, trovavano in parte una garanzia ed un regolamento estraterritoriale nelle norme del diritto comune; 3° Prima di esaminare pertanto se fosse capace di applicazione estraterritoriale la legge particolare dello straniero, o se a questo dovesse applicarsi la legge territoriale del paese dove egli trovavasi od agiva o dove dovevasi giudicare dei suoi rapporti giuridici, imponevasi al magistrato originariamente l'applicazione del diritto comune. Il diritto particolare territoriale era escluso ben sovente nei riguardi degli stranieri, ma non già per applicare loro le norme del diritto particolare o statutario dello straniero stesso, bensì per applicare quelle del diritto comune. Diverso nell'essenza della formazione e nell'indole del comando che lo sanciva dal concetto del *jus gentium*, il diritto comune era però identico a quello per la sua funzione nel regolamento dei rapporti di diritto internazionale privato; 4° Col procedere del tempo, d'un lato si affievolisce l'impero del diritto comune, e dall'altro, collegandosi alle antecedenti dottrine, si sviluppa il moderno sistema di diritto internazionale privato. Del quale, per poter formarsi un concetto non del tutto inesatto, era necessario tener presenti gli elementi peculiari del suo svolgimento all'uscire dal medio evo.

109. — Nella società italiana, dopo il periodo della personalità delle leggi, si trovarono di fronte la limitazione teorica dei singoli diritti locali al solo territorio del rispettivo statuente e la necessità pratica di una certa misura di applicazione estraterritoriale delle

leggi. La limitazione derivava logicamente dall'impero che si riconosceva al diritto comune e dal carattere di eccezione che si attribuiva alle leggi locali. Quella necessità pratica poi scaturiva ad un tempo dal moltiplicarsi di tali leggi locali divergenti dal diritto comune, e dal movimento sempre maggiore di abitanti nei rapporti fra territorii così frazionati. Perciò la necessità del regolamento di relazioni frequenti di diritto internazionale privato si imponeva sopratutto nei riguardi della successione.

La teoria pura dei commentatori medioevali avrebbe potuto riassumersi così: universale applicazione del diritto comune e territorialità normale del diritto municipale, cioè impero di questo nel rispettivo territorio e nei riguardi dei sudditi, e, fuori di questi limiti, impero del diritto comune. Quest'ultimo presentava poi in quell'epoca una vera unità ed uniformità che non aveva conseguita nel periodo genetico della personalità delle leggi. I varii rimaneggiamenti (1) medioevali avevano infatti ceduto il campo allo studio del *Corpus juris* ed all'applicazione delle sue leggi; e il diritto giustinianeo era la base unica sulla quale veniva edificandosi la scienza del diritto. Ma da questa teoria pura, semplicemente positiva quanto all'applicazione del diritto comune ai rapporti di diritto internazionale privato e semplicemente negativa quanto all'applicazione della legge locale ai non sudditi ed ai sudditi fuori del territorio, doveva sempre più allontanarsi, per effetto delle circostanze fra le quali si muoveva, la teoria applicata dei commentatori del diritto.

I diritti locali si venivano sempre più allontanando dal diritto comune per due rispetti. Se ne allontanavano anzitutto nel regolamento dei diritti, modificando quella uniformità in quanto ciò era richiesto dai bisogni locali, dalla tradizione dei diritti barbarici e dalle nuove esigenze della vita. Si negavano poi dagli statuti o si limitavano negli stranieri facoltà pur garantite dal diritto comune, rendendo impossibile in tal caso che si ricorresse a questo per regolare l'esercizio di un diritto che od era negato dalla legge particolare vigente, o risultava come una creazione del diritto positivo locale. In tali condizioni lo svolgimento graduale dei principii del diritto internazionale privato doveva manifestarsi sulle seguenti basi: applicazione più limitata del diritto comune ai rapporti ed alle questioni di diritto internazionale privato; applicazione in certi casi del diritto

(1) V. pag. 216-218.

locale agli stranieri nel territorio; parziale attitudine del diritto locale a seguire i sudditi all'estero. A queste nuove condizioni e necessità s'informano, prima la dottrina dei glossatori e poi quella dei commentatori, che per varie guise si collega al diritto internazionale privato moderno.

Questa tendenza si manifestò nello studio del diritto e nelle sue applicazioni alla pratica, a cominciare dai glossatori che, accoppiando allo studio esegetico delle fonti antiche la sollecitudine per le contingenze attuali della vita (1), dovevano considerare senza dubbio anche questo lato dei rapporti internazionali. Non è nel vero il Quinet (2), quando accusa i glossatori di non essere stati che spiriti ingenui e riduce la loro scienza alle proporzioni d'una intuizione. D'un lato essi studiavano con obbiettiva ricerca i testi antichi, dall'altro non perdevano di vista le condizioni della vita reale. E quando, come nel caso nostro, le condizioni di quest'ultima dettavano loro norme improntate ad una certa novità rispetto ai testi che imprendevano a commentare, pur continuavano a collegarle a quei testi, non tanto per effetto d'ingenuità, quanto per l'affinità del tema, o per il proposito di conferire alle proprie conclusioni un prestigio maggiore di quello che potesse derivare dal loro ragionamento. Di tale intento pratico diedero prova non solo in quelle glosse da cui ebbero il nome e che per l'autorità conquistata diventarono una vera integrazione del diritto comune, ed in quell'insegnamento durante il quale ne sviluppavano il contenuto (3), ma anche in quelle *Quaestiones*, dove la praticità degli intenti unita alla diligenza della ricerca furono i primi esempii d'un genere di letteratura non abbandonata dai commentatori e continuata con modificazione di proporzioni e d'intenti fino ai nostri giorni.

Nello sviluppo della dottrina del diritto internazionale privato ha una grande importanza il titolo primo del primo libro del Codice (*De summa trinitate et fide catholica*) ed in quello la prima legge (4).

(1) Savigny, *Storia*, II, parte 1, pag. 333-343 e 2, pag. 132-141, 150; Flach-Cujas, *Les glossateurs et les Bartolistes*, Paris 1883 nella *Rev. histor. de dr. fr. et étranger*.

(2) Quinet, *Les révolutions d'Italie*, Paris, Paguerre, 1857, livre II, chap. III, pag. 253.

(3) Savigny, *Traité de la possession*, trad. par Boring. Bruxelles 1840, pag. 4: " La glosse contient déjà une très grande partie des opinions et des controverses qui ont été soulevées plus tard, ou tout au moins elle y a donné lieu ".

(4) Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis,

La legge però dal nostro punto di vista è importante sopratutto per ciò, che la glossa, a proposito di quella, ha formulato un principio circa l'applicabilità della legge agli stranieri e che, seguendo la glossa, i commentatori ricollegarono alla stessa legge le prime trattazioni sistematiche di diritto internazionale privato. Del resto l'importanza di quel passo non è esclusiva, perchè, sia i glossatori, sia più ancora i commentatori, trattarono frammentariamente dei conflitti di legge a proposito d'altri passi del *Corpus juris*, ed i commentatori trattarono pur sistematicamente degli statuti e del loro conflitto senza riferimento a quel luogo del Codice. Il quale poi non ha, col tema dell'applicazione territoriale ed estraterritoriale della legge civile, che un nesso assai vago ed artificioso. Le parole « quos clementiae nostrae regit imperium » servirono d'argomento per affermare che il principe e la legge da lui emanata non possono obbligare se non che i sudditi, giustificando pertanto, vuoi un'estensione oltre il territorio nei riguardi di quelli, vuoi nel territorio una limitazione nei riguardi degli stranieri. Altri passi in quel titolo del Codice non dirò che sospingano, ma autorizzano a spaziare in questo ordine di concetti. Nella lettera del pontefice Giovanni a Giustiniano (1) « hoc est enim », è detto a questo, « quod vestrum firmat imperium, hoc quod vestra regna conservat », attribuendo la salute dell'impero all'uniformità della fede che l'imperatore dovea mantenere nei limiti del territorio soggetto al suo comando. E Giustiniano aveva appunto invocato l'aiuto spirituale del pontefice per riuscire a tutelare più completamente tale uniformità. La glossa, e dopo di quella i commentatori, badarono dunque, non già all'argomento di quella legge, ma alle ragioni ed alla estensione della sua efficacia di comando, per muover di là alla considerazione dei limiti d'applicazione delle leggi nello spazio.

Tale apparisce appunto l'indole del nesso fra la legge e la glossa. « ... Si Bononiensis, dice questa, conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, cum dicat *quos clementiae nostrae regit imperium* ». E da ciò si argomentava che il dominio dell'imperatore, quantunque supremo nella cerchia della

religio usque adhuc ab ipso insinuata declarat, quamque pontificem Damasum sequi claret, et Patrum Alexandriae episcopum, virum apostolicae sanctitatis, hoc est, ut secundum apostolicam disciplinam evangelicamque doctrinam Patris et Filii et Spiritus Sancti unam deitatem sub pari majestate et sub pia Trinitate credamus „.

(1) L. c., l. 8.

sua competenza (1) non si estendesse a tutti i popoli (2), e che a più forte ragione un altro principe non potesse comandare a sudditi non suoi. Bartolo pone la questione ben più chiaramente ed esplicitamente in questo senso, prendendo argomento dal commentario a quel passo, per una trattazione sistematica dei conflitti, quale lo sviluppo dei rapporti al suo tempo gli consentiva. « Nunc, dice egli nel suo commento a quella legge (3), nunc veniamus ad glossam quae dicit « quod si Bononiensis etc. » *cujus occasione videnda sunt duo*, et primo utrum statutum porrigatur extra territorium ad non subditos? Secundo utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium ».

110. — Con Bartolo comincia una serie numerosa di giureconsulti che, di proposito, od incidentalmente trattando d'argomenti più comprensivi, scrissero del conflitto delle leggi. Fra i predecessori di Bartolo meriterebbe maggior considerazione Oldrado da Ponte da Lodi, morto nel 1335, che dopo Riccardo Malombra e Nicolò Matarello era stato professore di diritto civile nella città di Padova. Sia per aver trattato questioni relative all'applicazione territoriale delle leggi (4), sia per aver avuto a discepoli Alberico da Rosate e lo stesso Bartolo, gli compete un posto onorevole fra i fondatori del diritto internazionale privato (5). Ma la gloria di Bartolo e la sua autorità offusca-

(1) Bald., ad lib. I Dig. *De constitutionibus Principum*, lex I, § 14: " Item duo sunt supremi Principes, scilicet Papa et Imperator et si conveniunt simul omnia possunt, et si dissonant quilibet potest in sua jurisdictione, non in alterius potestate „; e Bald., *Cons.*, pars III, cons. CCLXXVIII.

(2) Baldo, in I Cod. *De summa Trinitate et fide catholica*, § 1; Bart., *eod. l.;* Joann. Fabre, *Breviarium* in Cod. *De Summa Trinit.*, l. *cunctos populos* e Bald., *Cons.*, pars I, cons. CCCXVII, XVIII e CCCLVI in fine.

(3) Bartolus in Cod., lib. I, tit. 1, *De Summa Trinitate*, n° 13.

(4) Savigny, *Storia*, vol. II, 2, pag. 210; Tiraboschi, vol. V, pag. 386; Valentinelli, *Bibliotheca manuscripta ad S. Marci Venetiarum*, vol. II, pag. 260. Venezia, Commercio, 1869; Facciolati, *Fasti Gymnasii Patav.*, tip. Seminarii, MDCCLVII, pag. XXXIV; Panziroli, *De claris legum interpretibus*, Venetiis MDCXXXVII, ap. Brogiollum, lib. II, cap. LII, pag. 171, 2. I suoi commentarii di diritto civile gli meritarono ben presto (Papadopoli, *Historia Gymnasii Patavini*, tom. I, lib. III, sez. I, cap. II, Venetiis, Coleti, MDCCXXVI, pag. 196, 7) il nome di *pater legum* e tre secoli dopo il Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. 33, n° 48, lo chiama ancora " fons legum „; Gloria, *Monumenti della Università di Padova*, 1222-1318, Venezia, Antonelli (Istituto Veneto), 1884, pag. 10, 150, 259, 261.

(5) Oldrado scrisse: *Commentaria in jus civile;* e diede nella qualità di avvocato concistoriale *responsa* raccolti poi in un volume. Nella biblioteca di San Germano si conserva di lui un lavoro *De tutela regis*, e in un codice del sec. XIV, indicato dal Valentinelli, si conservano, fra quelle di varii autori, anche *Questioni* di Oldrado da Ponte.

rono (1). nonchè quelle del maestro, anche quelle di tutti i suoi contemporanei e successori del medio evo, non solo nella scienza del diritto in genere, ma anche in quella ricerca speciale che si riferisce al diritto internazionale privato. Anzi in questo campo la sua gloria fu ancor più duratura, essendo egli tuttora onorato come il padre del diritto internazionale privato, a quella stessa guisa che Grozio è glorificato come padre del diritto internazionale. Ed anche in ciò quei due grandi possono paragonarsi: che, cioè così assolutamente formulata rispetto ad entrambi, quella lode non è scevra d'ingiustizia verso i loro contemporanei e predecessori. Di questi cercherò tener conto nel riassumere la dottrina degli statutarii italiani relativa ai varii istituti e rapporti. Qui non essendo il mio tema la storia letteraria del diritto, ma quella del diritto internazionale privato, uno studio dedicato a quella lunghissima serie di giureconsulti sarebbe fuori di luogo. Inoltre la parte biografica e bibliografica trascenderebbe i limiti del tema e sarebbe, nella copia di studii esistenti, d'una erudizione o troppo facile o troppo ingombrante, poichè ciò che interessa alla specialità del mio lavoro è, non già la vita e l'analisi delle opere di quei giuristi, ma l'efficacia del loro pensiero sullo sviluppo del sistema e degli istituti di diritto internazionale privato (2).

La sottigliezza dell'argomentare, e l'abitudine analitica delle distinzioni e suddistinzioni portarono, come avviene di tutti gli eccessi, talora la dottrina dei giuristi italiani a consumare se stessa; ma, immune da tali eccessi, quell'indirizzo era il più opportuno per studiare e per risolvere le questioni di diritto internazionale privato, nelle quali sovente la sottigliezza è una condizione dell'indagine e le distinzioni accurate sono una necessità. La dottrina degli statutarii italiani, quantunque per molti rispetti diversa dalla dottrina moderna del diritto internazionale privato, pure può considerarsi di questa il germe ed il punto di partenza. Le norme infatti non ne sono identiche e la

(1) Tiraboschi, vol. V, pag. 421, Venezia, Antonelli, 1824: " Bartolo, a cui credo che per poco non rendessero i nostri padri onori divini ".

(2) Tiraboschi, vol. V, pag. 378-459; Papadopoli, *Historia Gymnasii Patavini*, lib. 3, sez. 1, c. 1-9; Panziroli, *De claris legum interpretatibus*, ediz. cit., lib. II, cap. XLVIII-C, pag. 166-245; Mazzucchelli, *Gli scrittori d'Italia*, Brescia, Bossini, 1758, vol. II, parte I, pag. 146-155 e 460-468; *Archivio giuridico*, vol. XXI, 1878, pag. 537-548. Programma di concorso al premio di L. 5000 istituito dal Municipio di Sassoferrato per un lavoro su Bartolo e le sue dottrine. Comunicazione del socio Mariotti all'Accademia dei Lincei nella seduta del 19 gennaio 1878 e Relazione del socio Mancini nell'adunanza generale de' Lincei, pag. 540.

complicazione di quelle norme coll'impero del diritto comune costituisce una capitale diversità, ma nella possibilità, ammessa e variamente commisurata, della estraterritorialità delle leggi particolari, comprendevasi potenzialmente tutta l'elaborazione futura del diritto internazionale privato. Se dunque gli errori di stile e gli eccessi di metodo e da ultimo l'apatica venerazione delle autorità, meritarono le critiche del Petrarca (1), e di Riccardo Malombra (2), quei giuristi non hanno del resto usurpato, nemmeno nei rapporti della nostra scienza, la gloria, piuttostochè di precursori, di fondatori.

Essi ricercano la misura di estensione delle leggi locali, e quantunque prendano le mosse dalla interpretazione del diritto romano e dall'applicazione dei suoi principii, pur finiscono sovente per applicare con indipendenza il proprio criterio giuridico al regolamento dei rapporti contemporanei. Mentre si presentano pertanto come interpreti dell'autorità tradizionale d'una scienza vecchia, preparano per le generazioni successive gli elementi di una scienza nuova. Prendono ad esaminare anzitutto le leggi locali nei rapporti interni e di fronte al diritto comune, dando la precedenza ad una questione che nel sistema degli Stati autonomi contemporanei non potrebbe nè porsi nè soltanto concepirsi: la questione cioè della validità della legge. Poi ricercano la estensione di applicabilità di ciascuna legge locale in relazione cogli altri diritti locali, sia nei riguardi degli stranieri che abitino nel territorio, sia in quelli dei cittadini che abitino fuori dello Stato. Il principio dell'assoluta territorialità della legge locale e quello della sua esclusiva applicazione anche nel territorio ai soli sudditi del legislatore, cominciano a modificarsi; ma da principio non cedono ai due principii della estraterritorialità delle leggi personali, e della territorialità assoluta delle leggi interessanti il diritto pubblico ed il benessere dello Stato, bensì alla considerazione del carattere favorevole dello statuto. E si arriva così al principio che la legge locale, ogniqualvolta favorisce la persona, prevalga anche sul diritto comune.

È vero che tale carattere favorevole non era uniformemente constatabile e determinabile e che uno statuto favorevole, e perciò secondo alcuni non limitabile nella sua applicazione, ai cittadini nel territorio, era ritenuto sfavorevole, e perciò di applicazione stretta secondo

(1) Petrarca, *Epist. a Marco da Genova*, Famigliari, lib. XX, ep. IV, ediz. Lemonnier, 1863, vol. III, pag. 18, 20.
(2) Ap. Alberico da Rosate, Proem. in 1. *Dig. Veteri.*

altri; ma devesi pur riconoscere che i criterii stessi della legge personale e dei limiti di ordine pubblico non sono ai nostri giorni più uniformemente determinati con precisione secondo le leggi dei varii paesi e le dottrine dei varii autori. Sicchè, fra la dottrina originaria del diritto internazionale privato in Italia e lo stato di quella dottrina nell'Europa contemporanea, può constatarsi un'analogia così nell'ammissione di una certa misura di estraterritorialità della legge, come nella indeterminatezza della norma destinata a garantirla.

111. — Le caratteristiche di questa teoria, così nei suoi fondamenti originarii come nel suo svolgimento successivo, appariscono sopratutto chiare e spiccate nel regolamento dello stato e della capacità della persona. Rispetto a questa, infatti, devono esaminarsi le due questioni capitali del diritto internazionale privato: se cioè la legge di un paese sia applicabile nel territorio agli stranieri, e se sia suscettibile di applicazione nei riguardi dei sudditi fuori del territorio. La dottrina originaria è, come dissi (1), negativa sotto entrambi i rispetti. La prima questione è risolta negativamente dalla massima che la legge civile impera nel territorio sui sudditi del sovrano, senza avervi applicazione alcuna sugli stranieri. Questa dottrina negativa era dedotta dai commentatori dalla citata legge del Codice ed applicavasi a determinare la sfera d'applicazione degli statuti abilitanti ed inabilitanti e di quelli costituenti privilegi. Tale principio era riferito in termini generici da Bartolo (2), dicendo: « Si statutum dicitur jus proprium civitatis, ergo non trahitur ad extraneos ». Baldo esponeva la stessa dottrina circa gli statuti così abilitanti come inabilitanti, trattandone più sistematicamente in un paragrafo del suo commento del Codice (3) e nel suo trattato degli Statuti (4); e vi si uniforma e vi ritorna con frequenza Alberico da Rosate (5). Ed una conseguenza

(1) V. pag. 324.

(2) Bart., l. c., § 24, 41, 2.

(3) Baldo, l. c., § 13. Quanto agli statuti abilitanti sviluppa la massima di Bartolo e ne accenna le necessarie eccezioni. Quanto all'effetto dello statuto inabilitante sugli stranieri scrive: " dico quod non, quod eadem regula est contrariorum, unde, sicut non potest habilitare ita non potest inhabilitare ".

(4) Bald., *De Statutis*, v. *Minor*. " Statutum in persona non subdita non potest inducere veram inhabilitatem ".

(5) Alber. a Rosate, *De Statutis*, L. I, quest. XLVI, 2. " Statutum vel consuetudo non ligant nisi subditos ". L. I, quest. XV, 1-4: " ..... Item pro hoc quod non punitur forensis poena statuti, facit quia decreta et statuta non ligant ignorantes ". L. IV, quest. XIX, n. 2: " Statutum non ligat nec respicit nisi subditos ".

della stessa massima era l'inapplicabilità agli stranieri non domiciliati nel territorio dei privilegi costituiti dallo statuto (1).

Lo stesso principio d'esclusione, che era una conseguenza del carattere eccezionale e quasi contrattuale delle leggi particolari, doveva far considerare queste come incapaci di efficacia fuori del territorio rispettivo. Dato questo carattere degli statuti, essi dovevano considerarsi incapaci di seguire le persone fuori del loro territorio, e come non erano suscettibili in questo che di una interpretazione stretta nei riguardi delle persone, così non erano suscettibili fuori di quello che d'una applicazione stretta nei riguardi dello spazio. Sullo stato e sulla capacità della persona agente fuori del proprio territorio imperava pertanto il diritto comune, il quale conservava così nei rapporti internazionali di diritto privato la stessa funzione dell'antico *jus gentium*.

Ma a questi principii così assolutamente negativi non si tardò ad apportare deroghe varie e numerose nelle quali consiste tutta la dottrina originaria italiana di diritto internazionale privato. La quale appunto, costrutta mercè la sovrapposizione di deroghe a quelle norme negative, non può ridursi ad una semplice ed unica formola, ma richiede una esposizione frammentaria ed analitica come l'origine sua. La dottrina negativa, che i commentatori e le necessità della vita pratica modificavano, non era nè assolutamente personale nè assolutamente territoriale; non era personale perchè, se limitava ai soli sudditi l'efficacia della legge locale nel territorio, non ne estendeva d'altronde l'applicazione a quelli quando avessero agito fuori del territorio. Non era territoriale, poichè, se da un lato negava l'efficacia della legge fuori del territorio dello statuente, dall'altro, anche in questi limiti di spazio, ne restringeva, con un criterio di carattere personale, l'applicazione ai soli sudditi. Le deroghe che l'uso e la dottrina dei commentatori andarono arrecando a tale sistema facevano sì che talora si estendesse anche ai non sudditi nei limiti dal territorio la legge locale, e che talora questa seguisse i sudditi fuori del territorio. Non informavansi dunque nemmeno quelle deroghe nè al concetto della personalità nè a quello della territorialità, ed il sistema

(1) Paul. de Castro, super I Dig., l. *Omnes populi, De justitia et jure*, § 10, edit. Lugduni, 1540, pag. 9*v* in f. e 10*r*; Bald., cons. 460; Albert. Brun., *De Stat.*, art. VI, nn. 3, 4; Alber. a Rosate, L. II, quest. IX; Bart., *Tractatus represaliarum*, IV, § 5, edit. Venetiis apud Juntas MDCXV, tom. X, pag. 122*r* delle Opere complete.

nuovo che ne risultava non potrebbe esattamente ascriversi alle categorie del moderno diritto internazionale privato. Perciò deve essere studiato analiticamente esponendo quando e per quali motivi si ammettesse l'applicazione della legge locale ai non sudditi, e quando se ne consentisse l'applicazione ai sudditi fuori del territorio.

112. — La legge di un paese, anche indipendentemente dalla naturalizzazione, poteva estendersi agli stranieri per effetto del domicilio loro costituito in quel territorio, considerandosi per effetto di quello come sudditi nei riguardi del diritto civile (1). E per motivi analoghi si ammetteva l'applicazione della legge civile agli ecclesiastici, in quanto non volesse regolare direttamente la materia ecclesiastica, nè i privilegi concessi ai chierici ed alle Chiese (2) e si riconosceva anche nel campo dei rapporti civili l'effetto delle leggi ecclesiastiche applicate nella cerchia della loro competenza (3). L'incapace straniero che contratta con un indigeno di buona fede ignaro della sua incapacità, è calcolato capace secondo parecchie legislazioni e giurisprudenze moderne (4). Tale possibilità di applicazione della legge territoriale agli stranieri affacciavasi alla mente dei commentatori, nè tutti la eliminavano, come avrebbe richiesto il principio fondamentale della loro dottrina. Da questa deducevano rigorosamente la non applicabilità della legge locale e quindi l'annullabilità del contratto, Pietro de Ancarano e Oldrado (5); Rocco Curzio (6) invece

(1) BALD. in Cod. I, L. *Cunctos populos*, n° 13: " Quod ergo erit remedium..... quod consentiente parte ibi constituat domicilium. Nam ratione domicilii est effectus sub illa lege: quod quasi civis est „. V. anche BARTOL., l. c., Ediz. Venet. MDLXXXV, pag. IV *r*, n. *d* e ALBER. A ROSATE, I, Cons. 174, 1, 2; Stat. pad. Matteo da Corrigia, podestà, 1269 e 1280; Stat. pad., ediz. cit., pag. 679, 681; BART. A SALICETO, l. c., § 10, pag. 21: " ... Quaero quid si circa habilitationem et inhabilitationem personae aliquid statuit... an statutum trahatur ad forenses *ibi domicilium non habentes*... „.

(2) BART., l. c., n° 29.

(3) BART. A SALICETO, sup. I Cod. *De sacrosanctis ecclesiis*, lex V, n° 6, ediz. cit., pag. 43: " Item quaero au exceptio excommunicationis possit opponi in judicio saeculari? Dicunt Doctores quod sic: nam et jus civile excommunicationem canonicam hic approbat: et sic omne ejus effectum probare videtur... et pro hoc casu " *extra de sententiis excommunicationis c. decernimus*, lib. 6 „, ubi patet quod excommunicatus non potest ferre testimonium in judicio saeculari „.

(4) V. 1ª ediz., vol. II, pag. 255, 6.

(5) OLDRADO in cons. 248 ap. ROCHUS CURTIUS, *De Statutis*, sectio IX, 1.

(6) ROCHUS CURTIUS, *De Statutis*, l. c., t. II, pag. 376 e segg. (Ediz. di Venezia, 1584). Cfr. per i contratti fra laico incapace e chierico capace, BART. A SALICETO, in I Cod. lex XII, § 15 (pag. 55), *De sacrosanctis ecclesiis*.

voleva mantenuta la validità di quel contratto; Baldo (1) la voleva mantenuta nel solo caso dello straniero domiciliato; altri la volevano mantenuta nel solo caso che il contraente indigeno avesse ignorata l'incapacità del forestiero; ma intanto in maggiore o minor grado facevasi strada il concetto che, per tutela di un interesse sociale, potesse applicarsi la legge territoriale anche al regolamento della capacità dello straniero. È questo uno dei casi contemplati da talune leggi moderne a giustificare la territorialità per motivo di ordine pubblico, o di diritto pubblico o di tutela dell'interesse sociale.

Ma tale giustificazione di territorialità della legge trovasi addotta fin d'allora per altri casi e formulata più genericamente. Già Bartolo, ammetteva l'applicazione della regola *locus regit actum*, quanto ai testamenti in tutti i casi nei quali « statutum loquitur simpliciter et indefinite », cioè in tutti quei casi nei quali, regolando le forme degli atti, il legislatore non aveva espressamente limitata l'efficacia della propria disposizione ai cittadini (2); e, quanto ai contratti, preferiva senza distinzione la legge dell'atto (3), formulandola poi in termini generici per entrambi i casi (4). Saliceto giustifica l'applicazione di quella regola col diritto di giurisdizione, e sottopone alla legge del luogo dell'atto con validità universale di effetti, la forma degli atti dovunque compiuti e stipulati (5).

Ma Alberto Bruno estende la territorialità della legge per interesse pubblico, dal regolamento delle forme anche a quello della sostanza degli atti e dei rapporti, affermando che uno statuto fatto nell'interesse del popolo statuente estende la sua efficacia anche ai forestieri (6).

(1) Bald., in Cod. I, l. *Cunctos Populos, De Summa Trinitate*, § 13, 14, 20.

(2) Bart., l. c., nn. 24, 5.

(3) Bart., l. c., nn. 13, 14: " Aut loquimur de statuto aut de consuetudine quae respiciunt ipsius contractus solemnitatem... inspicitur locus contractus „.

(4) L. c., n° 32: " In solemnitatibus semper inspicimus locum ubi res agitur..... tam circa contractus quam circa ultimas voluntates „.

(5) Saliceto, l. c., § 10, pag. 21: " ... licet de solemnitate et forma in his quae ibi aguntur etiam per forenses possit providere, ut proxime dixi: quia hoc ad ejus spectat jurisdictionem, ideo narrantur secundum diversitatem locorum „; § 11, pag. 21: " Viso quod statutum non afficit forenses nisi circa solemnitatem rei gestae; sed cives et subditos sic, quaero an illos afficiat extra territorium et loquor circa substantiam rei gestae quia circa solemnitatem jam dixi quod solemnitas loci ubi res geritur debet privari „.

(6) Albert. Brun., *De Statutis*, art. VI, n° 11: " Statutum factum ad commodum illorum, qui sunt de populo statuentium valet et porriget effectum suum contra extraneos seu forenses „.

E da quanto Baldo dice relativamente all'applicazione della legge penale, che pur non seguiva norme radicalmente diverse da quella della legge civile, chiaramente apparisce consentita l'applicabilità della legge di ordine pubblico allo straniero ogniqualvolta potesse ragionevolmente supporsi che questo non la dovesse ignorare (1). Così nei rapporti penali la territorialità della legge era subordinata al carattere generico delittuoso dell'atto, od alla provata o presunta cognizione della legge da parte del delinquente; nei rapporti civili era subordinata o all'interesse dei sudditi dello Stato, od all'esistenza, nel territorio di questo, delle cose di cui si trattava (2); e bastava che il concetto dello Stato come ente a sè con fini politici e morali ben determinati si sviluppasse, perchè, indipendentemente dall'interesse dei sudditi e dall'esistenza delle cose nel territorio, si arrivasse alla dottrina della territorialità della legge, giustificata genericamente in certi limiti dalla tutela del diritto pubblico e dell'ordine pubblico.

Mentre da un lato sviluppavasi l'applicazione della legge locale agli stranieri, ammettevasi a poco a poco un numero progressivamente maggiore di casi nei quali la legge personale poteva seguire i sudditi fuori del rispettivo territorio. Bartolo distingueva, a tale proposito, gli statuti proibitivi e permissivi, e fra i primi suddistingueva quelli che riguardano le forme, le cose e le persone. Dei primi negava, secondo quanto aveva concluso circa le forme (3), ogni estraterritorialità; quanto ai secondi veniva alla stessa conclusione, poichè a qualunque paese appartenesse e dovunque agisse la persona, le disposizioni della legge che avevano per oggetto la cosa situata nel suo territorio, dovevano sempre valere (4), e l'esempio addotto da Bartolo prova che, a suo avviso, molte disposizioni relative effettivamente ai

(1) Bald., l. c.: " Aut statutum inducit delictum et poenam; aut inducit poenam circa id quod est delictum de jure communi. Primo casu, aut forensis contraxit ibi moram... et ligatur tali statuto...; aut non contraxerat ibi tantam moram quod verisimiliter debeat esse instructus, et tunc aut illud actum erat communiter prohibitum quasi per generali consuetudine... tunc debet puniri per supinam ignorantiam... aut non erat generaliter prohibitum; quia non est prohibitum naturali ratione nec consuetudine... et tunc non punitur nisi fuerit sciens... Et ideo forenses et etiam cives qui diu abfuerunt excusantur... ".

(2) Peregrini, *Decisiones Patavinae*, CXVII, nn. 19, 20, pag. 341.

(3) V. pag. 333, nª 4.

(4) Bart., l. c., nº 32: " Aut statutum est prohibitivum in rem et respectu rei: ut quia prohibet dominium rei alienari extra consortes: tunc ubique fiat dispositio de tali re non valet, quia talis dispositio afficit rem et impedit dominium transferri ".

rapporti personali erano da lui considerate *reali*, perchè la loro incidenza verificavasi nelle cose. Se lo statuto proibitivo riguardava le persone, allora, secondo Bartolo, era possibile la ricerca, esclusa negli altri due casi, e la determinazione della sua estraterritorialità.

Ecco pertanto adombrata la distinzione degli statuti personali reali e misti, intorno alla quale venne svolgendosi poi tutto il sistema del diritto internazionale privato. Al fatto della identità della distinzione in Bartolo e negli statutarî più moderni, non corrisponde però nell'uno e negli altri l'identità del suo valore. Nel diritto internazionale privato posteriore, infatti, statuto personale significò statuto che segue la persona come parte della sua essenza giuridica; sicchè si giunse quasi, nella terminologia contemporanea, all'equivalenza dei due termini *personalità* ed *estraterritorialità*. Nel sistema dei commentatori, invece, statuto personale significa disposizione di legge che si riferisca alla persona. Fra tali leggi poteva ad alcune riconoscersi efficacia estraterritoriale, ma ciò avveniva per motivi diversi da quello del loro riferirsi alla persona.

Lo statuto permissivo di ciò che non è concesso dal diritto comune, come quello che riconosce l'attitudine del figlio di famiglia a testare, o di un incapace ad essere istituito erede, o che ammette uno non autorizzato dal principe come notaio, a redigere pubblici istrumenti, è incontestabilmente personale quanto all'oggetto suo; pure a quello statuto non si riconosceva dal Saliceto (1) autorità estraterritoriale nel senso di abilitare i sudditi del paese a compiere quegli atti fuori del territorio. Se tali leggi personali erano proibitive, di ciò ch'è permesso dal diritto comune, Bartolo riconosceva loro efficacia estraterritoriale quando la proibizione in esse contenuta era favorevole, e ne limitava l'applicazione al territorio dello statuente se la loro proibizione era sfavorevole alla persona (2); sicchè anche quelle diminuzioni di capacità che hanno apparenza di pena, estendono a suo avviso la propria efficacia anche ai beni situati fuori del territorio, quando ispirate, come l'interdizione per prodigalità, dall'idea della

(1) Saliceto, op. cit., l. c., § 11, pag. 21: " ... tunc propter regulam, quia statutum non habuerit vires disponendi de gestis extra territorium... tamen etiam quia actus jurisdictionis... non possint exerceri extra territorium concedentis ".

(2) Bart., l. c., nn. 32, 33; Alexander Tartagnus, cons. 128, l. I, § 41; Alb. Brun., *De Stat.*, art. VI, nº 9; Alber. a Rosate, *De Stat.*, lib. II, quest. XCII; Mantica, Tractatus *De conjecturis*, pag. 87 *v*, Venetiis ap. Zenarium, MDCV.

tutela e dell'utilità della persona che ne è colpita (1). Saliceto (2) ripeteva la distinzione di Bartolo, ma nel caso della proibizione favorevole e del mutamento di domicilio da parte della persona che ne era l'oggetto, ammetteva che per le cose situate nel luogo del nuovo domicilio dove quella proibizione non esistesse, si potesse agire secondo la facoltà concessa dalla legge locale (3).

In tale distinzione tutti vanno d'accordo, ma il dissenso e l'incertezza risorge nel determinare (4) quando uno statuto debba intendersi favorevole e quando sfavorevole. Pur applicando tutti pertanto la medesima distinzione e lo stesso criterio ed indirizzo, i commentatori arrivano poi a contrarie soluzioni, come doveva avvenire in un sistema che distingueva a tale riguardo le leggi secondo il merito ed il fine delle loro disposizioni, anzichè secondo il loro oggetto. Nel caso che un coniuge appartenente ad uno Stato vietante di favorire l'altro coniuge con disposizione di ultima volontà, avesse fatto tale disposizione rispetto a cosa situata in altro territorio, Bartolo e Saliceto sostenevano l'invalidità del legato, perchè ritenevano favorevole quella disposizione proibitiva; Baldo, invece, non la giudicava favorevole, e quindi non poteva ritenerla operante fuori del territorio (5). Lo statuto che escludeva le donne dalla successione in favore dei maschi non estendevasi, secondo Bartolo, ai beni situati in altro territorio; Baldo invece ritiene quello statuto prevalentemente favo-

(1) Bart., ad lib. XLVIII Dig., lex VII, *Relegatorum*, § *Interdicere*, edit. Venetiis, ap. Juntas, MDCXV, tomus sextus, pag. 193 *r* delle Opere, § 1: " Dispositio quae fit in poena alicujus non potest directo egredi locum jurisdictionis disponentis. Sed si non sit in poenam ejus... "; § 2: " Eodem modo dico quod si judex interdicit tibi bonis, non propter delictum tuum in poenam, sed in commodum tuum, quia es prodigus, ne bona tua pereant, istud interdictum porrigitur ad omnem locum ".

(2) Saliceto, l. c., § 11 in fine.

(3) Così consigliò in un litigio fra gli eredi di un Bertolini di Reggio e la moglie di lui. Egli s'era domiciliato a Bologna ed aveva lasciato alla moglie molto più di quello che la legge di Reggio gli concedesse. Bart. da Saliceto ritenne valido il testamento quanto ai beni situati a Bologna. Ed ebbe l'approvazione di Riccardo da Saliceto e di Giovanni da Legnano. Dal che si potrebbe dedurre che nel territorio dove la persona acquista una nuova sudditanza non la segua la legge originaria, ma che la legge vigente nella nuova patria non produca veruna modificazione nel paese d'origine sulle attitudini della persona quali risultano dalle leggi di questo. — V. anche l. c., § 14, pag. 23, 4: " ... defunctus fingitur duplex homo... ratione originis quia sibi mutare non potuit, et ratione civitatis adeptae... ".

(4) V. pag. 329, 330.

(5) Bald., l. c., n° 18; Saliceto, l. c., § 11, pag. 21.

revole e ne nega l'applicazione estraterritoriale soltanto perchè giudica la disposizione contraria di legge, vigente altrove, relativa piuttosto alle cose che alle persone (1), e Saliceto ritenendolo favorevole vi sottopone universalmente tutta la successione (2). Esempii questi d'una lunga serie di disformità derivanti non già da diversità di criterii circa le regole, ma da dissidio circa la loro applicazione.

Se lo statuto personale era permissivo, Bartolo pur procedeva per via di distinzioni. Importava ricercare se l'atto permesso nel territorio dello statuente potesse compiersi anche al di là di quei limiti e se l'atto esercitato colà potesse produrre anche altrove i suoi effetti. Se la legge concedeva ciò che ragionevolmente non compete se non per privilegio, Bartolo non riteneva potersi quell'atto compiere fuori del territorio, ma ammetteva che, compiuto legittimamente nel territorio, potesse dovunque produrre i suoi effetti (3). Se invece la legge concede atti non vietati dal diritto comune, limitandosi a togliere ostacoli esistenti secondo questo, allora Bartolo suddistingue. O l'ostacolo tolto riguarda le forme e non si potrà compiere quell'atto fuori del territorio, ma compiutovisi produrrà i suoi effetti anche sulle cose situate altrove. O l'ostacolo tolto riguarda qualità della persona limitate dal diritto comune, e quella legge sarà destituita di effetto estraterritoriale quanto ad abilitare la persona cui si riferisce a compiere quegli atti fuori del territorio, ma avrà efficacia estraterritoriale quanto agli

(1) Bald., l. c., nº 19: " Imo principaliter est favorabile... Tamen bene teneo quod non extendat ad bona extra territorium ubi contraria est juris dispositio; quia legis contraria dispositio impedit jus accrescendi „.

(2) Bart. a Salic., l. c., § 14, pag. 24: " ... odiosum non debet judicari quia principaliter in odium alicuius non est factum: sed ut agnationes et ordinem dignitatum conserventur, ergo... Praeterea, si lex Mosaica consideretur quae disponet ut masculi praeferantur foeminis ut habetur *Deuter.*, 27, odiosa dispositio non debet judicari nec impia, qua foeminae debent dotari, praeterea et sic quod odio potest cogitari, potentius tamen agit favor, ideo favorabilis judicando... Unde infero quod, quovis modo ex praedictis statutum originis loquetur, ille erit haeres in omnibus bonis... et in hanc opinionem concurrunt valentissimi Doctores tam in Bononia quam in Florentia... confirmatur per simile de tutore dato simpliciter pupillo ab uno judice, qui habet administrationem bonorum nedum intra, sed etiam extra territorium dantis, licet una Gl. videatur sentire contra... „.

(3) Bart., l. c., nn. 34-36; Bald., l. c., nº 16, va d'accordo con Bartolo; conclude però con una riserva in favore della estraterritorialità di tale disposizione permissiva. " Et ideo forte posset dici quod valeret instrumentum quoad subditos statuentis, quia officium cui non est annexa jurisdictio non legitimatur per viam territorii inter consentientes..... hoc teneo salva substantia veritatis... „; Bart. a Salic., l. c., § 11, pag. 21.

effetti di cui può essere suscettibile l'atto legittimamente da quella compiuto nel territorio (1). La legge personale proibitiva non era favorevole, e se la legge personale tanto proibitiva che permissiva era contraria al diritto comune, non le poteva, secondo Bartolo, essere attribuita veruna efficacia estraterritoriale (2).

Un'altra estensione dell'estraterritorialità dello statuto personale era prodotta dalla formazione delle supremazie di sovranità. Per effetto di questa talora si proclamava, come nell'antica Atene, una supremazia giurisdizionale della città dominante su quelle soggette (3). Talora si riconosceva una supremazia della legge della prima su quella delle altre, così da ammettere in via generale che il cittadino della città dominante fosse seguito senza restrizioni dal proprio diritto privato in tutti i territorii subordinati (4). In questo solo caso, e per effetto d'un concetto del tutto politico, lo statuto personale era di regola estraterritoriale; fuori di questo caso, che era un'eccezione, veniva meno del tutto la equivalenza fra personalità ed estraterritorialità della legge. Questa, quando aveva per oggetto la persona (5), *poteva*

(1) Bart., l. c., nn. 36-40.

(2) Bart., l. c., nn. 38, 9 e Bald., l. c., n° 13*e*.

(3) V. pag. 88, 9.

(4) Albert. Brun., *De Stat.*, art. VIII, n° 132: " ... Quis esset civis civitatis dominantis, puta Florentiae, in qua haberet bona et in qua esset statutum in materia successio num, disponens uno modo, ed haberet etiam bona in loco subdito, puta in Sancto Miniato, in quo est statutum disponens alio modo... in talis personae bona servarentur statuta loci dominantis, puta Florentiae, cujus est civis, ut per Socin., cons. 288 primo volumine ubi hoc ampliat, etiam si statuta talis loci inferioris sint a civitate dominante confirmata ".

(5) Si taccia Bartolo di superficialità per il criterio dato in materia successoria nella questione anglica (l. c., n° 42) degli statuti territoriali ed estraterritoriali. " Mihi videtur, egli dice, quod verba statuti seu consuetudinis sunt diligenter intuenda. Aut enim disponuntur circa rem, ut per haec verba: Bona decedentium veniant in primogenitum. Ex tunc de omnibus judicabo secundum consuetudinem et statutum ubi res sunt situatae: quia jus afficit res ipsas, sive possideantur a cive sive ab advena. Aut verba statuti seu consuetudinis disponunt circa personam, ut per haec verba: " Primogenitus succedat " et tunc... ". Una tale distinzione, adottata come criterio dello statuto personale e reale nel senso moderno, porterebbe all'assurdo di far dipendere il carattere della legge dalla sintassi del suo primo periodo, e dovrebbe condannarsi così per le sue conseguenze come per la irrazionalità sua. Nè l'esempio infelicemente addotto da Bartolo potrebbe giustificarsi. Deve però tenersi presente, come nota il Laurent (Op. cit., vol. I, pag. 298-300), che trattasi soltanto, per quanto infelicemente scelto, di un esempio. Se dal commento di Bartolo alla prima legge del codice si sopprimesse il n° 42, dove la questione anglica è trattata, si avrebbe pure intera la dottrina degli

essere estraterritoriale, ma non bastava quel carattere a renderla tale; era necessario che non fosse contraria al diritto comune, se era permis-

statuti secondo Bartolo; quel paragrafo, dedicato ad una questione particolare, è meritevole di critica, ma se oscura in un punto, non infirma nel suo complesso la dottrina del grande commentatore. Ed allo stesso passo, degno di critica, fu attribuita dai suoi detrattori e dallo stesso Laurent, che vuole attenuarne il difetto, soverchia importanza ed inesatto significato. " Dans la première supposition (primogenito inglese e carattere personale dello statuto anglico di primogenitura), dice il Laurent, le fils aîné recueillira les biens italiens, dans la seconde (carattere reale dello statuto anglico) il n'y aura aucun droit „. Ora ciò non corrisponde al testo di Bartolo. Secondo questo, se il defunto non era inglese e possedeva beni in Italia e in Inghilterra e lo statuto ritenevasi reale, la successione era regolata in ciascun paese secondo la legge rispettiva della situazione dei beni. Se il defunto era inglese e possedeva beni in Italia ed in Inghilterra e lo statuto ritenevasi reale, la successione era egualmente regolata in ciascun paese secondo la legge vigente dove i beni erano situati. Se lo statuto ritenevasi personale e il defunto che aveva lasciato beni in Italia e in Inghilterra non era inglese, lo statuto inglese della primogenitura non poteva estendersi nemmeno in Inghilterra ai figli di lui " quia dispositio circa personas non porrigitur ad forenses „. Oppure lo statuto ritenevasi personale e il defunto che aveva lasciato beni in Italia e in Inghilterra era inglese, ed in tal caso " filius primogenitus succederet in bonis quae sunt in Anglia et in aliis succederet de jure communi... quia sive dicatur hoc esse statutum privativum de filiis sequentibus quia est odiosum non porrigitur ad bona alibi posita; sive dicas statutum esse permissivum tollendo obstaculum ne sequentes filii impediant primogenitos et idem ut supra dictum est (contr. al diritto comune e territoriale). Ad hoc ut inspiciatur utrum dispositio sit in rem vel personam? „. La distinzione di Bartolo è dunque erronea, ma la sua importanza pratica è pressochè nulla. E tanto da chi l'ha criticata quanto da chi ha tentato di giustificarla, si peccò per aver subito, nell'interpretarla, l'influenza del concetto posteriore degli statuti personali e reali, mentre questi concetti nella dottrina di Bartolo sono del tutto secondarii, e l'attitudine all'efficacia estraterritoriale o la stretta territorialità della legge derivano in quella dottrina da criterii del tutto diversi. Bartolomeo da Saliceto (l. c., § 14, pag. 24) nega in tale argomento ogni importanza alla distinzione verbale di Bartolo ed, attribuendo efficacia estraterritoriale allo statuto favorevole relativo alla persona, ne ricerca il carattere personale nell'obbietto della legge e non già nella struttura grammaticale della sua forma... " Et haec duo procedunt sive statutum loquatur per verba personalia ut fatetur Bar. sive per verba in rem scripta, ut haereditas sive bona intestati devolvantur ad primogenitum vel ad filium masculum exclusa filia quae debeat dotari. Quia ista verba a lege prolata intelliguntur jure universali et directo jure haeredis seu haereditario, unde bona non sunt effecta ut primogenito vel masculis, de manu alterius habere debeat, sed ut haeres in eis ut in caeteris succedat, et quod ista verba intelligantur jure directo satis colligitur ex verbis statuti et probatur... Unde infero, quod quovis modo ex praedictis statutum originis loquatur, ille erit haeres in omnibus bonis... „. È strano poi che altrove lo stesso Saliceto ricada in una distinzione puramente verbale trattando (§ 11 in l Cod., L. XII, *De sacrosanctis ecclesiis*) dello statuto

siva, ed inoltre, se era proibitiva, che fosse favorevole (1) alla persona, e quando rispondeva a tali condizioni, la sua efficacia in altri territorii non era, come si ritenne più tardi, impedita dal diritto locale rispetto alle cose ivi situate. Bisognava d'un lato che svanisse il concetto della universale obbligatorietà e supremazia del diritto comune (2), e dall'altro che al concetto vago del carattere favorevole della legge, si sostituissero quelli del legame fra lo Stato e l'individuo e dell'intima competenza della legge stessa, perchè lo statuto personale assumesse il carattere moderno di disposizione di legge radicalmente connessa colla persona, e seguente questa dovunque, in quanto non lo vieti il diritto pubblico di quello Stato, dove importi farlo valere.

113. — La dottrina vigente circa l'applicazione della legge territoriale agli stranieri che trovavansi in determinate condizioni ed agli

riflettente l'atto probatorio e il modo di provare, e ricercando se obblighi i chierici. " Certe ista credo indubitanter vera (l'opinione negativa) ubi statutum scriptum esset in personam: puto quod *nullus* possit probare per testes, etc.; nam tunc actor clericus illo statuto non ligabitur. Sed ubi esset *in rem* scriptum: puta *creditum non possit* probari per testes, dubito... ". Ma poi limita il dubbio alle sole cause miste, non a quelle di chierico contro chierico.

(1) L'ipercritica delle espressioni e delle intenzioni del legislatore venne rendendo sempre più feconda, di dissensi, e di dubbii e di questioni la ricerca del carattere favorevole ed estraterritoriale della legge. Così, ad esempio, Costantino Rogerio, (*De legis potentia*, edizione Venezia 1584, pars II, 2, pag. 400, 1, del *Tractatus tractatuum utriusque juris*), prende a considerare il caso che non sia chiaro il carattere favorevole od odioso della disposizione. O questa è esorbitante o correttiva, e ritiensi odiosa anche se fatta a favore di qualcheduno. Se non è esorbitante o correttiva, o è o non è penale. Nel primo caso, se la disposizione è diretta personalmente a quello per odio del quale è promulgata, si giudica odiosa anche se per altra guisa contenga favore di altri. Se è diretta alla persona di quelli in cui favore è fatta, si dice favorevole, anche se abbia carattere e intento di legge penale. Se le parole della disposizione non sono indirizzate ad uno piuttosto che ad un altro, si intende favorevole od odiosa secondo che sia in causa o non sia in causa l'interesse di chi è favorito da quella legge. Se la legge non dichiarasi nè favorevole nè sfavorevole, o dispone in modo misto, o contiene disposizione di pubblica utilità ed, anche se penale, è ritenuta favorevole; o contiene disposizione di utilità privata e, nel dubbio, deve ritenersi favorevole. O la materia mista della legge non è penale, ed in tal caso si deve badare se è principalmente odiosa o principalmente favorevole.

(2) Allo stesso concetto si connetteva la universalità di competenza che si voleva, secondo la glossa, riconoscere nel magistrato romano. V. Bart., ad lib. L Digest., tit. I, *Ad municipales et de incolis*, lex XXXII: " Quaero ad quid dicatur communis patria Roma? Respondeo quia quilibet potest ibi conveniri, ut glossa dicit, praeterea quilibet de Imperio Romano est ibi civis ".

atti compiuti in un dato territorio; i principii dominanti circa l'applicazione estraterritoriale, in altri casi, della legge della persona, e non meno il muoversi e confondersi frequente delle persone e degli interessi in quei territorii politicamente tanto frazionati, facevano sì che spesso in un territorio gli atti redatti all'estero si dovessero, tanto nelle loro condizioni intrinseche, quanto in quelle formali, giudicare secondo la legge straniera, ed interpretare per mezzo di periti forestieri (1). Così indirettamente per conoscere la validità di atti compiuti fuori del territorio, e direttamente per indagare l'attitudine a compierli in modo valido nel territorio, si doveva talora far la ricerca del diritto straniero, sia scritto che consuetudinario. Il primo si provava portando a cognizione del giudice l'esistenza di uno statuto. Il secondo poteva provarsi in varii modi. Se la consuetudine era notoria bastava allegarla senz'altra prova; se non aveva tale universale notorietà potevano allegarsi gli scritti dei dottori che creavano a favore di quella una presunzione. Questa poi mutavasi in una prova propriamente detta, quando i dottori erano, durante il giudizio, assunti solennemente come testimonii della consuetudine, sotto il vincolo del giuramento. Inoltre la consuetudine poteva provarsi col mezzo di istrumenti od atti pubblici che costituissero tutti insieme un numero sufficiente di precedenti conformi (2).

In tale condizione di dottrine e di rapporti, seppur non si trattava sempre di una vera e propria esecuzione di sentenze straniere nel senso contemporaneo, pure in molti casi si contemplava l'efficacia e l'esecuzione in un paese di atti compiuti e di giudicati pronunciati nell'altro (3). Era opinione comune che gli atti compiuti davanti ad un giudice, debbano far prova davanti quelli di diverso territorio (4), e che la sentenza pronunciata da un giudice sia suscettibile in altro

(1) Mantica, *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum*. Venetiis, ap. Zenarium, MDCV, pag. 37*v*, n° 34.

(2) Peregrini, *Consilia*, vol. III, cons. XI, nn. 27-37.

(3) Bald., l. c., n° 20, in fine: " Aut est executio judicis alterius territorii et tunc aut fit ad literas primi judicis, et idem; aut fit extraordinaria potestate exequentis non expedita executione; et tunc inspicitur locus ubi fit executio ".

(4) Bart. a Saliceto, l. c., § 12, pag. 22 e § 14, pag. 23, 4: " ... respondeo ad primum cum dicunt quod statutum non porrigit vires extra territorium... primo quod illae leges loquuntur in actibus exercentibus a judice extra territorium, quia solemniter acta intra territorium et cum persona legitima effectum suum extendunt etiam extra territorium... ".

territorio di esecutorietà da parte del giudice locale (1), in seguito a commissione rogatoria del primo giudice (2) e salvo la ricerca da parte di quello della competenza del magistrato giudicante, della regolarità della citazione e del processo, e delle ragioni supreme del diritto pubblico (3). I commentatori però si diffondono maggiormente sull'esecuzione della sentenza penale. Non essendo ancora ben distinti i due campi dell'uno e dell'altro diritto, la sentenza penale aveva una espansività di effetti, sopratutto quanto ai rapporti personali, ben diversa dalla territorialità del diritto penale moderno, ed in quella era implicita, quanto agli stessi rapporti, la estraterritorialità della sentenza civile. La territorialità della sentenza penale era però anche allora tenuta ferma quando nei suoi moventi e nei suoi effetti sulla integrità personale assumeva un carattere politico, com'era il caso del bando.

Siccome la facoltà di uccidere impunemente il bandito non derivava dal diritto comune, ma da quello municipale, così non poteva, data la contrarietà col primo, estendersi oltre il territorio dove il bando era stato pronunciato. Prescindendo da questo caso, il grado di estraterritorialità della sentenza penale e dei suoi effetti, viene esaminato da Bartolo e da Baldo, e più diffusamente dal secondo che dal primo. Questo (4) distingue la pena relativa alla persona da quella relativa

(1) Bart. a Salic., l. c.: "... etiam patet in sententia quae effectum suum dirigit extra territorium, licet executio per judicem loci ubi possessio est sita, debeat fieri ".

(2) Paul. de Castro, Prima super Digesto Veteri, *De jurisdictionibus omnium judicum:* " Cum quaedam puella ", § 5: "... ut scribat judici illius loci ubi est quod sua sententia exequatur ".

(3) Statuti del Cadore, aggiunte, cap. XIII, ediz. Venezia, Poletti, 1633, pag. 100, 1: " ... fu confermato et approvato nel detto conseglio che se sarà data qualche sentenza fuori della contrada di Cadore contro alcuno vicino alla corte o habitatione di Cadore da qualche Rettore o Giudice foresto che ha giurisditione ordinaria ò delegata fuori del territorio et giurisditione di Cadore, non sia a modo alcuno mandato ad esecutione dal Vicario o d'alcun ufficiale di Cadore eccetto se quel vicino ò habitatore di Cadore contro il quale fu data non si fosse ritrovato nel luogo del detto giudice foresto overo sotto la sua giurisditione fosse legittimamente citato, overo qui in Cadore fosse ammonito per il Vicario o per l'officiale à preghiere del giudice foresto sopradetto contenute in sue lettere mandate a detto Vicario di Cadore sopra questo specialmente. E questo si intenda quando *de jure communi* potrà essere legittimamente citato o convenuto e quando havesse aconsentito in esso giudice foresto, nel qual caso possi tal sentenza mandarsi ad esecutione ad istanza di esso giudice foresto... ".

(4) Bart., l. c., n° 50, 1.

ai beni. La prima può riguardare l'interdizione di certi luoghi, nel qual caso può estendersi oltre il territorio dell'interdizione, soltanto in via eccezionale; o può riguardare l'interdizione di un'arte, ed in tal caso non produce verun effetto fuori del territorio. Talora la pena riguarda una diminuzione di stato (infamia, servitù della pena, scomunica) ed « istae poenae quae respiciunt diminutionem status infliguntur in personam et ipsam personam sequuntur sicut lepra leprosum ». Con questa sentenza si accorda quella di Baldo (1), secondo la quale « si poena respicit intrinsecam qualitatem vel statum personae sicut est poena inhabilitationis vel infamiae et ista protenditur ubique, quia est indivisibilis et inseparabilis ». A suffragare tale opinione Baldo cita a questo punto quella di Bartolo, ma poi fa una riserva di territorialità per quelle pene che, senza modificare interamente la capacità della persona, importavano l'inettitudine a certi atti particolari. Nella quale riserva si riscontra la corrispondenza al concetto moderno della territorialità delle disposizioni di legge relative a capacità od incapacità speciali.

Quando la pena riguarda i beni, Bartolo distingue se essa fu imposta applicando disposizioni di diritto comune da un ufficiale che avesse giurisdizione secondo il diritto comune, ed in tal caso « talis poena extenditur ad patrimonium ubique positum ». Egli aggiunge però che l'appropriazione vien fatta rispettivamente dai pubblici ufficiali nel cui territorio i beni sono situati che, analogamente a più tutori costituiti sui beni di un solo pupillo in più provincie, agiscono come rappresentanti di un solo fisco.

A tale proposito però è più retta e più chiara l'opinione di Guglielmo de Cuneo, pur riferita dallo stesso Bartolo, e quella di Baldo (l. c.), secondo la quale la sentenza ha l'effetto di spossessare dovunque il condannato, ma ciascuna città si appropria i beni di lui situati nel territorio rispettivo, perchè « dicta bona sunt quasi vacantia, et cum quaelibet civitas reputatur fiscus, cuilibet accrescent illa bona prout sunt in territorio ». La quale opinione, facendo dipendere da una sola causa la vacanza dei beni, ma attribuendone la occupazione alle singole sovranità dei territorii dove quelli sono situati, può invocarsi ancora nel regolamento della successione vacante (2).

Baldo suddistingue, fra tali pene relative ai beni, quelle che

(1) Bald., l. c., n° 26.
(2) V. 1ª ediz., vol. III, pag. 792-6.

importano una inettitudine assoluta di possedere da parte della persona, e da queste fa derivare la confisca dei beni dovunque situati. Delle pene che importano confisca dei beni, quelle che non implicano inettitudine a possedere nella persona, appariscono a Baldo limitate ai beni esistenti nel territorio dove fu pronunciata la sentenza. Da ultimo Baldo considera la pena d'indole economica, che non è di confisca, ma di condanna a versare una somma di danaro, e da questa riconosce derivare una obbligazione, la cui esecuzione può richiedersi giudiziariamente sui beni dovunque situati (1).

E nel concludere Baldo sintetizza la differenza fra questo caso e quelli di confisca, dicendo: « Ex sententia confiscationis non oritur obligatio sed dominium; ubi enim est dominium non est proprie obligatio...; confiscatus nulla obligatione tenetur..... Sed ex sententia condemnationis ad certam quantitatem bene nascitur obligatio et in factum actio ita in criminali sicut in civili ».

Quando invece la sentenza, per la disposizione che invoca, si appoggia, anzichè sul diritto comune, su quello particolare, la confisca non si estende secondo Bartolo (2) ai beni non soggetti a quella giurisdizione, se non nel caso che le leggi speciali, applicando le quali si decreta la confisca, siano comuni ai varii territorii dove i beni sono situati (3).

114. — Questa dottrina dei commentatori, che, sempre più sviluppandosi, diventava tutto un complesso sistema di limiti, importava dunque, in proporzioni diverse nei varii tempi e secondo i varii autori, una certa misura di applicazione della legge straniera. Di regola, come scrisse nel tempo nostro il Brocher, alla competenza del fôro corrispondeva quella della legge; e il giudice doveva applicare il diritto vigente nel suo territorio secondo la massima allora formulata: « paria sunt forum alicubi sortiri et statutis ligari; si ibi forum ergo jus ». Ma non mancavano le eccezioni, che nella dottrina italiana dovevano sempre più concretarsi in sistema, nelle quali poteva invocarsi davanti ad un giudice un diritto diverso da quello vigente nel suo territorio. In tali casi le norme di procedura segnavano il limite dell'applicazione delle due leggi; determinavano cioè, nella trattazione giurisdizionale di un medesimo rapporto giuridico, in quali limiti

(1) L'esecuzione di tali sentenze ricorda quella che può ottenersi delle sentenze civili straniere, secondo il moderno diritto inglese.
(2) Bart., l. c., nº 50.
(3) Bart., l. c., nº 51.

dovesse applicarsi la legge eventualmente straniera ed originariamente propria delle parti o dell'atto di cui trattavasi, ed in quali limiti invece la legge del fôro dovesse sempre prevalere. A tale proposito s'imponeva una regola dettata dalla ragione che, quantunque anteriore ai commentatori e durata nella scienza del diritto dopo di loro (1), pure ebbe occasione di essere formulata da loro come parte di tutto un sistema di limiti organicamente costrutto. Bartolo poneva chiaramente tale distinzione, subordinando alla legge del fôro quanto riguardava l'ordinazione della lite e sottoponendo quanto era pertinente alla decisione della lite ad una legge diversa da quella del fôro e ricercata secondo le regole normali di competenza (2). Un'eccezione alla prevalenza della legge del fôro nella materia ordinatoria parrebbe l'applicazione della legge personale agli elementi della procedura che avevano un carattere religioso (3), ma in realtà si aveva in tal caso l'applicazione d'una norma speciale ed eccezionale della *lex fori*, imposta dalla necessità dovunque una parte del diritto s'informa a concetti confessionali.

La stessa distinzione era fatta da Baldo, che ne tratta opportunamente parlando dello statuto delle forme, poichè in fondo la medesima ragione che persuade a regolare la forma degli atti secondo la legge del luogo dove si compiono, dimostra la necessità di sottoporre quanto riguarda l'ordinazione della lite alla legge del fôro. E rende più precisa cogli esempi la distinzione fra la materia ordinatoria e quella decisoria (4), che più tardi Rocco Curzio doveva esporre con maggior

(1) Mantica, *De tacitis et ambiguis*, tom. I, lib. III, tit. XIII, § 48-51 che riferisce ed amplia le soluzioni di Bartolo.

(2) Bart., l. c., n° 15: " Aut quaeris de his quae pertinent at litis ordinationem, et inspicitur locus judicii, aut de his quae pertinent ad ipsius litis decisionem: et tunc, etc. ".

(3) Glossa in l. *Ait praetor*, § *Jurare* e l. *Non erit*, § *Divus Pius*, Dig. *De jurejurando:* " Divus Pius jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit " e Bald., ad eod. tit. Dig., lex V, *Non erit*, § *Divus:* " Nota quod Saracenus potest jurare per legem suam. Idem in Judaeo; secus in haeretico quia haereticus nullam legem tenet sed propriam opinionem sibi legem facit; non autem potest jurare Judaeus ad sancta dei evangelia, vel per Christum, quia praesumitur hoc facere in contemptum ut C. De Judaeis, l. Judaeos, et ideo sic jurando non dicitur esse juratum si Christianus juraret per Macomettum quia quo ad jurantem non est religionis vinculum ".

(4) Bald., l. c., § 21: " ... utrum in probando inspiciatur consuetudo loci contracti vel loci judicii... Respondeo: aut loquimur de ordine probationis judicii et inspicimus locum judicii; puta si ibi est statutum quod non requirat litis contestationem, videlicet probatio sine litis contestatione; aut non

diffusione (1), e che già Bartolomeo da Saliceto, commentando la glossa « an Bononiensis », riferiva come opinione comune (2).

Nell'elemento decisorio della lite la legge del fôro passava in seconda linea: poteva prevalere la legge della persona; o la legge del contratto se trattavasi di valutare le conseguenze naturali del contratto; o la legge del luogo d'esecuzione di questo, se trattavasi di conseguenze posteriormente derivate da negligenza o mora. Se mancava qualunque determinazione di luogo per la esecuzione, prevaleva la legge del luogo dove questa era domandata (3); ma la prevalenza della legge del fôro, come tale, veniva meno in tali casi per lasciare il posto alla legge del luogo cui apparteneva il rapporto giuridico. Da ciò derivava, in un numero sempre maggiore di casi, la possibilità dell'applicazione e la necessità della ricerca e della prova della legge straniera. Nei riguardi personali poteva in certi rapporti affermarsi che « civis ligatus est etiam extra territorium statuto patriae »; e la dottrina della estraterritorialità della legge civile nei riguardi sostanziali poteva formularsi in termini generali così: « in decisivis debet quis judicari secundum leges patriae suae, licet fiat processus secundum statutum loci in quo judicium ventilatur ».

115. — In quanto si riferisce alle cose, e sopratutto alla loro definizione e distinzione, s'impone necessariamente l'impero della legge territoriale. Ma è difficile limitare tale impero entro quei confini nei quali la ragione lo giustifica, ed anche in sistemi moderni di diritto internazionale privato, come nel nostro, non è rara una certa confusione (4) fra disposizioni delle quali alcune limitano, altre sembrano estendere oltre il ragionevole il dominio della legge della situazione. Tale indeterminatezza e tale confusione dovevano risultare maggiori nella dottrina dei commentatori, poichè d'un lato i limiti della ter-

loquimur de ritu probationis sed de substantia; puta in loco contractus sufficiunt duo testes; in loco judicii requiruntur quatuor, tunc inspicimus locum contractus: quia tendit ad decisionem causae „.

(1) Rochus Curtius, *De Statutis*, sectio IX, num. 38-41 nel *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, t. II, pag. 376 *v* e 380 *v*. Ed. Venezia, 1584.

(2) Bart. a Saliceto, l. c., § 4, pag. 17: “ ... dicunt omnes quod quoad ordinationem causae servari debet statutum Mutinense, sed quoad decisionem servari debet statutum civitatis Bononiae vel alterius loci in quo contractus est celebratus „ e comm. alla lex XII, § 10, *De sacrosanctis ecclesiis* (l. c., pag. 53): le leggi relative al processo o l'ordine del giudizio e quelle relative ai termini legano i chierici “ ut quoslibet alios forenses „.

(3) Bart., l. c., § 15-19.

(4) V. 1ª ediz., vol. III, cap. X, *Cose*, pag. 449 e segg.

ritorialità della legge non erano ispirati, come nella moderna dottrina italiana, dal diritto e dall'interesse dello Stato, dall'altro la distinzione fra statuto territoriale e statuto estraterritoriale non corrispondeva ancora completamente, come nella dottrina tradizionale francese, a quella fra statuto relativo alle persone e statuto relativo in qualunque modo alle cose. Se infatti anche Bartolo nella trattazione della questione anglica sembra attribuire alla legge della situazione il regolamento degli stessi rapporti personali circa le cose (1), altrove si vede ammesso su queste, considerate come oggetto di rapporti giuridici, l'impero di legge diversa da quella della situazione (2). La distinzione originaria degli statuti (3) non si fondava (4) principalmente sulla personalità o realità del loro obbiettivo. Anzitutto ed indipendentemente dal loro oggetto, gli statuti erano distinti secondo erano conformi al diritto comune, oppure riguardavano materia non contemplata da questo « nec pro nec contra (et hujusmodi erat major pars statutorum) », od erano contrarii al diritto comune, nel qual caso non valevano anche all'interno, se non che per effetto d'implicita concessione dell'imperatore; o finalmente erano contrarii al diritto naturale, nel qual caso erano radicalmente invalidi (5). La espansività territoriale di tali statuti era graduata secondo la loro conformità al diritto comune indipendentemente dal loro oggetto. In quanto poi lo statuto non era nè conforme nè contrario al diritto comune, la sua espansività era commisurata dal suo carattere favorevole, odioso o penale, nei riguardi delle persone; sicchè una legge odiosa non estendeva i suoi effetti oltre il territorio dello statuente, nemmeno in riguardo alle persone, mentre una legge favorevole alle persone di cui si trattava poteva far sentire, anche fuori del territorio dello statuente, il suo effetto sulle cose.

La distinzione degli statuti in personali e reali come sinonimi di estraterritoriali e territoriali, si va dunque facendo strada a poco a poco dietro le altre distinzioni da cui dipendeva allora l'espansività degli statuti. Dapprincipio quella distinzione fra statuti personali e reali non poteva avere che un'importanza secondaria e subordinata,

(1) Bart., l. c., § 42.
(2) Bart., l. c., § 40.
(3) Lanfranc. de Oriano, *De interpret. Stat.*, § 1-5.
(4) V. pag. 337-9.
(5) Bald., ad lib. I Digest., tit. *De Constitut. Principum*, Additio Baldi, 1, dove nega al principe la potestà di derogare al diritto divino, naturale e delle genti.

per acquistare poi un capitale valore solo allorquando fosse scomparsa la pratica preminenza del diritto comune e si fossero cominciate a considerare le leggi civili come del tutto eguali fra loro quanto alla potestà del comando, e reciprocamente del tutto autonome nel campo della loro efficacia internazionale.

Lo statuto personale, come distinzione del tutto secondaria ed in gran parte destituita di importanza pratica, comincia a delinearsi nel commento di Bartolo e nei successivi (1). Lo statuto reale manifestava anzitutto il proprio impero territoriale nell'obbligo del pagamento delle imposte che gravava anche sugli stranieri possedenti beni nel territorio (2). Ma dove manifestavasi la confusione era nell'applicare (3) il diritto municipale ai rapporti di quelli stranieri che nel municipio sottostavano ai pesi. Un concetto giusto dello statuto reale è quello di chi sottopone alla legge della situazione la definizione giuridica delle cose e la loro distinzione, e che regola secondo quella legge il modo di costituzione dei diritti reali, e la polizia degli edifici. Ma la confusione si ebbe quando, basandosi sulla distinzione fatta da Bartolo nella questione anglica, e senza le limitazioni fra le quali Bartolo la circoscriveva, si affermò che le leggi disponenti circa le cose debbano imperare nel territorio anche nei rapporti personali e famigliari fra stranieri (4) quanto agli effetti di quei rapporti sulle cose ivi situate. E mentre alcuni, come Alberico da Rosate (5) e Bartolomeo da Saliceto (6), avevano tenuto in questi casi lo statuto reale nei limiti dovuti in quanto riguarda le cose in se stesse, facendo del resto prevalere nei rapporti di famiglia, anche in quanto riguardino le cose, lo statuto personale; altri, come Alberto Bruno (7), estendevano anche al regolamento di questo, quando si tratti di beni, il diritto vigente dove le cose sono situate.

Riassumendo, nella determinazione dello statuto reale si riscontra, fin dal tempo dei primi commentatori, non poca disformità ed incertezza; tale confusione non produsse gravi conseguenze pratiche finchè la preminenza del diritto comune, e il carattere di favorevoli o sfavo-

(1) V. pag. 337-340.
(2) V. pag. 302.
(3) V. pag. 274, 5, 285, 289, 290.
(4) PEREGRINI, *Cons.*, vol. V, cons. 7, n° 4; vol. III, cons. 10, n° 3, e cons. 17, n° 15.
(5) ALBER. DA ROSATE, op. cit., pars II, quest. 136.
(6) BART. A SALICETO, super Cod. I, *De Summa Trinitate*, § 14, pag. 23, 4.
(7) ALBERT. BRUN., l. c., art. 6, n° 20.

revoli determinarono, a preferenza di ogni altra distinzione, la possibilità e il grado d'efficacia estraterritoriale degli statuti. Ma quando quelle distinzioni originariamente prevalenti scomparvero o passarono in seconda linea, e la distinzione di statuti reali e personali fu intesa sempre più come corrispondente a quella di statuti non atti od atti ad essere applicati fuori del territorio, il difetto proprio della distinzione verbale di Bartolo, erroneamente generalizzata, ed il criterio vago dello statuto reale, portarono a contraddizioni ed a confusione nella dottrina e nella pratica. E le soluzioni di Alberico da Rosate e di Alberto Bruno furono i punti di partenza di due indirizzi diversi non solo in Italia, ma nello sviluppo di tutto il diritto internazionale privato europeo: quello cioè di chi volle limitare il carattere di realità e l'efficacia strettamente territoriale alle disposizioni relative alle cose considerate in se stesse, e quello di chi volle subordinati alla legge territoriale anche i rapporti di diritti o le stesse attitudini giuridiche della persona ogniqualvolta le cose immobili fossero oggetto del rapporto giuridico.

116. — Alla validità dei contratti ed alla loro essenza si applicava da Bartolo la legge del luogo d'origine (1). E per luogo del contratto egli intendeva quello della stipulazione e non già quello della esecuzione (2). Infatti il contratto, che risulta dall'accordo delle due volontà, non può giuridicamente formarsi se non sotto la tutela della legge del luogo dove le due volontà si incontrano. Formato dunque legittimamente il contratto, è, in quella forma ed in quei limiti, una essenza giuridica esistente di per sè ed indipendentemente da veruna altra legge. Perciò Guglielmo Durante, esplicitamente, facendo l'ipotesi d'una convenzione stipulata fra due persone di origine diversa, ricorreva per regolarla alla legge del luogo della formazione del contratto, e nel caso di contratti per corrispondenza intendevasi sôrta l'obbligazione dove era giunta l'offerta nel momento stesso in cui questa era stata accettata ed indipendentemente dall'arrivo dell'accettazione a notizia di quello da cui l'offerta era partita (3).

Da tali norme derivavano di necessità conseguenze importanti

(1) Bart., § 25: "... aut de is quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus..... et inspicitur locus contractus ".

(2) Bart., § 16: " Et intelligo locum contractus ubi est celebratus contractus, non de loco in quem collata est solutio. Nam licet fundus debeat solvi ubi est, tamen inspicitur locus celebrati contractus ".

(3) Baldo e Nicolò Mattarello ap. Mantica, *De tacit.*, I, III, 13, § 60.

tanto nei riguardi della competenza, quanto in quelli della capacità. Dal primo punto di vista avveniva che l'attore potesse citare il convenuto fuori del fôro nazionale di quest'ultimo, ogniqualvolta l'azione fondavasi sopra un contratto stipulato in un terzo luogo, e che in questo trovavasi il convenuto quando era intentata l'azione (1); ed era questa una delle giustificazioni dell'ipotesi fondamentale della glossa, d'un Bolognese convenuto a Modena. Dal secondo punto di vista poteva avvenire che ai forestieri contraenti in un paese non giovasse la ignoranza delle leggi locali (2), nemmeno in quanto si riferiva alle stesse attitudini della persona (3).

Gli effetti diretti e naturali del contratto, quelli cioè che ne derivano come una conseguenza necessaria e normale, sono da Bartolo collegati al contratto stesso ed alla sua legge di origine; trattasi infatti, in tale caso, della stessa essenza giuridica, considerata, anzichè in astratto e nei suoi elementi costitutivi, in concreto e nel suo pratico operare (4). A questa soluzione taluni arrivavano, come Bartolo, per logica deduzione dai principii fondamentali, altri, come Bartolomeo da Saliceto, sopratutto per motivi di equità (5).

La esecuzione, nella sua modalità e nelle sue conseguenze, era sottoposta da Bartolo ad una legge che poteva essere diversa da quella del luogo del contratto. Quanto alle modalità, la legge del luogo di esecuzione prevaleva ad un tempo per interpretazione della tacita volontà delle parti e per ragioni analoghe a quelle che informano la territorialità dello statuto delle forme (6). E tale soluzione è applicata da Bartolomeo da Saliceto a quei rapporti fra chierici e laici o fra chierici in rapporti laicali, che erano, data la separazione e l'autonomia dei due poteri, così analoghi a veri rapporti di diritto internazionale. Egli giudicava pertanto legati i chierici dagli statuti provvedenti in

(1) Paul. de Castr., I sup. Cod. *De Sum. Tr.*, § 10, 11, edit. Lugduni, MDXL, pag. 4*r*: "... intellige tribus concurrentibus, quod conveniatur ratione contractus vel quasi ibi celebrati... item quod ibi recipiatur, alias secus... „.

(2) V. pag. 332, 3 e Peregrini, *Cons.*, vol. III, cons. 101, nn. 5 e 8.

(3) Secondo Giovanni d'Andrea ed altri però lo straniero poteva in caso di lesione chiedere la " restitutio in integrum „ per ignoranza.

(4) Bart., l. c., nº 15, 6: " Aut de iis quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus, et... inspicitur locus contractus... „.

(5) Bart. a Salic., l. c., § 4, pag. 17: " ... Sed in contrarium facit quia hoc esset durum et asperum. Et maxime in ignorantibus consuetudinem civitatis in quam solutio destinatur, ut est videre in scholaribus Ultramontanis destinantibus solutiones sibi fiendas Italiae ubi consuetudines sunt a suis discrepantes et variae „.

(6) V. pag. 352-4.

quale moneta debba pagarsi il prezzo delle cose o il reddito dei fondi ed in qual tempo (1). Se il luogo dell'esecuzione era determinato, si regolavano secondo il diritto di quello tali conseguenze; se il luogo dell'esecuzione era stato lasciato alla scelta dell'attore, o non era stato punto determinato, prevaleva il diritto del luogo dell'azione. Le conseguenze, infatti, della mancata esecuzione costituivano un nuovo rapporto giuridico, che doveva, come il contratto in sè, venir regolato dal diritto del luogo dov'era sorto (2). L'entità dell'esecuzione regolavasi dunque, secondo Bartolo, dalla legge del contratto; le sue modalità (3) e le conseguenze del mancato adempimento, dalle leggi del luogo dell'esecuzione o del giudizio (4). Applicando alla lettera tali norme, la questione tanto dibattuta della prescrizione liberatoria è risolta commisurando il tempo secondo la legge del luogo della esecuzione. Così quanto alla domanda di restituzione per lesione, o questa derivava dallo stesso contratto nel tempo in cui era stato stipulato ed alla legge di questo si doveva badare per deciderne l'ammissione; o si voleva invocare una lesione sorgente da fatti posteriori al contratto, per negligenza o mora, e si doveva badare al luogo ove s'era verificata la mora o a quello del giudizio (5).

Le condizioni di possibilità di quest'ultimo caso sono poi riprodotte più chiaramente da Baldo, tenendo pur ferma la regola che la suscettibilità di restituzione è una pertinenza originaria del contratto e non già della sua esecuzione, e quindi dev'essere regolata dalla legge del luogo d'origine di quello (6).

(1) Bart. a Salic., in I Cod., *De sacrosanctis ecclesiis*, lex XII, § 16, ediz. cit., pag. 55: " Et ex his infertur quod licet quis, beneficio clericali gaudens, domum locaverit uni scholari, locatio illa intelligitur facta cum privilegio inquilinatus scholaribus concesso ".

(2) Bart., l. c., § 18: " Ratio praedictorum est; quia ibi contracta est negligentia seu mora ".

(3) Oldrado nel consiglio 168, quest. I, n° 1, suppone che uno abbia ottenuto un beneficio per un certo ammontare, e sostiene che l'ammontare debbasene valutare secondo i prezzi del luogo dove i beni sono situati e non di quello dove il beneficio fu richiesto e concesso. E tale opinione fu seguita anche da Alessandro Tartagno, lib. II, cons. 21, n° 3.

(4) Bart., l. c., § 19. Cfr. Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, tom. I, lib. III, tit. XIII, § 15, 16: " Coeterum in iis quae extra naturam ipsius contractus post contractum oriuntur, veluti propter moram seu negligentiam promissoris, inspicitur statutum seu consuetudo illius regionis in qua solutio fieri debet vel promissor convenitur ".

(5) Bart., l. c., § 20.

(6) Bald., l. c., § 21: " Pone quod in loco contracti minor non possit restitui sed in loco judicii potest; quis locus inspicietur: dicit glossa quod locus

La legge del luogo di esecuzione poteva poi sempre prevalere sotto forma di norma d'ordine pubblico o di diritto pubblico. Quantunque la norma della territorialità assoluta dipendente da motivi di ordine pubblico, del resto anche ai nostri giorni troppo vaga, allora non fosse così formulata, esisteva pur sempre e si riconosceva la impossibilità di far valere in un territorio obbligazioni ritenute, secondo i principii fondamentali colà vigenti, radicalmente inique od immorali (1). Esistevano per converso avvedimenti per accelerare la procedura relativa a particolari contratti, ogniqualvolta tale celerità ritenevasi interessante in un determinato territorio la pubblica economia (2). E talora adottavansi pur norme per estendere anche ai contratti celebrati fuori del territorio fra stranieri la legge territoriale (3), ogniqualvolta trattavasi dei loro effetti su cose immobili a quel territorio pertinenti, ed era accolta nel paese la dottrina della prevalenza del diritto locale in tutti i rapporti relativi a fondi esistenti nel territorio.

La definizione di che cosa si dovesse intendere per *forma*, non era anche allora, come non fu più tardi, nè del tutto costante, nè del tutto chiara, ma la regola *locus regit actum* veniva formulata, quanto al regolamento delle forme degli atti, come un effetto di competenza territoriale della giurisdizione. Bartolo, dopo aver accennato a questa regola (4), la formula chiaramente dicendo (5) « solemnitas actus per-

judicii... Idem tenet Gul. quod non agitur hic de contractu quo ad ordinem seu originem sed quoad resolutionem..... Contrarium dicit Bartolus; quod quo ad decisionem causae inspicimus locum contracti. Si ergo contractus nascit inexpugnabilis, in nullo loco potest peti restitutio in integrum. Non obstat quod ubi judicis *ostus* imploratur, inspiciatur locus judicii, quod illud è *ver* in officio emergenti post contractum puta ex mora... sec in ea quod consideratur a pr. secundum Bart. Et id dicit ipse quod gl. dicte l. II non potest salvari nisi intelligendo quod ibi petatur restitutio non ratione contracti, sed ratione lesionis postea emergentis ex prescriptione legis in judicio; quod est subtile et notabile et ita teneo „.

(1) V. pag. 347, 8. " Contra contractus illicitos et fraudulentos, auctoritas summaria omnibus judicibus commissa, quod pro sua conscientia debeant procedere considerata non scriptura sed qualitate facti. Cons. XI, Consultum major „. Cons. 1328, 2 septembri. *Stat. Ven.*, Consulta ex autenticis, edizione citata, pag. 109, 110.

(2) *St. Ven.*, Leggi civili. In materia di lettere di cambio, ediz. cit., pag. 276 *t*, 297 *v*.

(3) V. pag. 347.

(4) Bart., l. c., § 13, 14: " ... aut loquimur de statuto aut de consuetudine que respiciunt ipsius contractus solemnitatem... inspicitur locus contractus „.

(5) L. c., § 26.

tinet ad jurisdictionem ejus in cujus territorio agitur ». E quando enumera gli statuti che possono avere una efficacia estraterritoriale, esclude dal loro numero quelli proibitivi circa le forme: « quia in solemnitatibus semper inspicimus locum, ubi res agitur » (1); sicchè estendevasi anche agli atti degli stranieri l'obbligatorietà e la sufficienza delle forme locali. Da ciò derivava naturalmente che l'atto, formalmente valido dove era stato materialmente compiuto, dovesse ritenersi formalmente valido dovunque, e che perciò, dovunque se ne dovesse apprezzare la validità, valesse, quanto al giudizio della legittimità delle sue forme e solennità, la legge forestiera del paese d'origine dell'atto (2), adottandosi questa regola dall'opinione comune (3). Giova avvertire però che, quanto all'interpretazione del contratto, ritenevasi come sua sede il luogo, anche diverso da quello della materiale stipulazione, cui si era riferita originariamente per l'esecuzione la volontà delle parti (4), e che la stessa distinzione valeva nel determinare la competenza del giudice, mentre quanto alle forme (5) anche in tal caso ritenevasi che la legge del luogo dove materialmente era avvenuto il contratto dovesse prevalere (6).

Nello stesso modo insieme colla legge anche l'autorità forestiera estendeva così indirettamente gli effetti del proprio potere nel terri-

(1) § 32 e Bald., l. c., § 20: " Viso de jure personae sequitur videre de jure formae et solemnitatis. Circa quod queritur quis locus inspiciatur. Circa quod sciendum est quod quaedam sunt quae habentur prius esse, potea deducuntur in judicium...; in primis aut loquimur de eodem contractu et inspicitur locus contractus ".

(2) Bart. a Saliceto, in I Cod., *De Summa Trinitate*, § 4, pag. 17: " Nam si promississet se soluturum... generaliter ubique locorum ut est moris, dico quod quo ad solemnitatem contractus et sic quo ad decisionem validitatis statuti, consuetudo Bononiensis et ejus statutum debet servari, non loci in quo convenitur; alias oportet dici quod solemnitas et cujuslibet loci debuisset servari, quod est impossibile, unde non dicendum... Quapropter ego credo quod solemnitas civitatis in qua contractus prout est facti vere fuit celebratus, debeat attendi " e § 10, pag. 21: " ..... statutum non potest disponere de persona non subdita..... licet de solemnitate et forma in his quae ibi aguntur etiam per forensem ponit providere ut proxime dixi: quia hoc ad ejus spectat jurisdictionem ". Bart., l. c., § 36, 37.

(3) Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, tom. I, lib. III, tit. XIII, § 14, Romae, Typ. Vaticana, MDCIX, pag. 149, col. 2.

(4) Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, tom. I, lib. III, tit. XIII, § 17, 18: " Sed est advertendum quia contractus non utique eo loco intelligitur celebratus quo negotium gestum est, sed quo solutio fieri debet... nam contraxisse etc. " e § 28, 36-8 e 58, 59.

(5) V. nª 2.

(6) V. Mantica, l. c., § 44-8.

torio per tutti gli atti che, secondo il diritto del luogo d'origine, si erano compiuti con determinate solennità. Così i notai d'un paese indirettamente estendevano la propria competenza negli altri territorii, mediante la validità degli atti compiuti o ricevuti da loro nel paese d'origine, colle formalità in quello prescritte (1).

Non potevano, per la stessa ragione, estendere quell'autorità direttamente, cioè non potevano esplicare la facoltà del loro ministero fuori del territorio loro, dando poi esistenza legale agli atti da loro compiuti o ricevuti: « quod defectus inest a principio » (2). La quale norma, per se stessa tanto evidente, pur doveva ricordarsi per notarne due eccezioni importanti, l'una, che doveva svilupparsi col tempo, l'altra destinata a prendere col tempo uno sviluppo che, nel periodo dei commentatori, era del tutto inatteso. La prima riguardava la competenza dei notai imperiali riconosciuta nei territorii d'altri principi, anche non soggetti all'impero, e rispettata da questi come l'autorità legittimatrice dei conti palatini (3), fra gli ultimi effetti d'un'autorità sovrana universale che più non esisteva. L'altra riguardava la possibilità di riconoscere valida la stipulazione fatta da un notaio fuori del suo territorio d'atti compiuti fra suoi concittadini (4), nella quale (5) si poteva ravvisare un principio di manifestazione e di giustificazione della competenza consolare, e del carattere facoltativo contemporaneo della regola *locus regit actum* nei contratti fra concittadini all'estero.

117. — Il matrimonio, considerato come vincolo, venne lasciando, nel periodo di tempo trascorso fra il medio evo e la rivoluzione francese, un campo sempre più ristretto alla varietà dei diritti ed ai possibili conflitti fra le legislazioni. Era opinione comune che la legge del luogo dove il matrimonio era stato contratto, dovesse governarlo così

(1) Bald., l. c., § 16: " Nunc quero circa hoc de effectu; iste presbiter conficit instrumenta; numquid valeant ubique locorum? Respondeo aut conficit in loco permisso et valet ubicumque... Et est ratio quod jus probationis oritur a principio; unde postea ex quo jus est ortum, non tollitur mutatione loci ".

(2) Bald., l. c.: " Aut conficit instrumentum in loco non permisso: puta extra territorium statuentium, et tunc talia instrumenta non probant in alio loco. Ratio quod defectus inest a principio ".

(3) V. pag. 318-320.

(4) Bald., l. c.: " Et ideo forte posset dici quod valeret instrumentum quoad subditos statuentis: quia officium cui non est annexa jurisdictio non legitimatur per viam territorii inter consentientes... et hoc teneo salva substantia veritatis ".

(5) V. 1ª ediz., vol. III, pag. 115-118, e pag. 546 e segg.

completamente da valere anche per la sua dissoluzione. Tale norma sottoponeva pertanto il matrimonio come tale, considerandolo qual ente giuridico indipendente dalla persona delle parti, al diritto vigente nel paese dove il vincolo era stato contratto. Era la prevalenza della legge d'origine applicata alla constatazione di esistenza del vincolo coniugale fra persone che potevano essere rispettivamente di origine diversa. E tale prevalenza, giustificata dalle stesse ragioni ispiratrici dello statuto delle forme quanto all'esistenza formale del matrimonio, era meno giustificata nel suo imperare sulle condizioni d'esistenza sostanziale, antecedenti e susseguenti alla celebrazione, del vincolo in sè, come sulle condizioni della sua dissoluzione.

Ma la possibilità di conflitti relativi alla legge del matrimonio considerato come vincolo coniugale, e l'àmbito d'applicazione di quella norma, sussistettero finchè la esistenza, in varia misura consentita, del matrimonio consensuale, conservò nei diversi territorii la varietà di legislazione su tale argomento. A mano a mano che la Chiesa venne riducendo il matrimonio nel suo dominio, la possibilità di quei conflitti andò diminuendo, finchè, imposto in tutta Europa al matrimonio il diritto uniforme ecclesiastico, ogni possibilità di divergenze di leggi e di conflitti circa la loro applicazione risultò eliminata del tutto, per risorgere più tardi insieme colle rivendicazioni delle leggi civili nel campo del diritto matrimoniale.

Dei tre beni costituenti il matrimonio « proles, fides et sacramentum », il sacramento, che finì per costituirne l'unica origine legittima, era come tale completamente governato dalle leggi della Chiesa. Le leggi canoniche diventarono sempre più esclusivamente fino al Concilio di Trento il diritto uniforme del matrimonio, ed il Pontefice, nella sua sovranità universale, poteva solo dispensare da quelle leggi approvando un matrimonio contratto contro i canoni (1). E come l'origine e la dissoluzione non naturale (2), così anche l'allentamento e la sospensione del vincolo matrimoniale finirono per essere subor-

(1) Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus*, lib. XXIII, tit. XX, § 21, edizione citata, vol. II, pag. 568: " ..... quia liberum est Romano Pontifici impedimentum juris pontificii tollere ": v. Petr. de Ancarano, cons. 409, 410.

(2) In tal caso la legge applicabile era quella canonica ed era competente il giudice ecclesiastico; la magistratura civile limitavasi ad assimilare nei riguardi della capacità alla vedova la moglie che avesse controversia col marito circa il vincolo del matrimonio. De Ferrariis, *Aurea practica*, ediz. cit., l. c., n° 19 e De Luca, *Theatrum* cit., vol. III, cons. CV.

dinati all'uniforme governo della legge e dell'autorità ecclesiastiche (1) che, quanto a quest'ultimo rapporto, però, conseguirono più incompletamente e meno a lungo conservarono l'esclusività del loro impero.

Le ragioni del diritto internazionale conservarono il loro impero nel regolamento dei rapporti economici fra coniugi. Se era stato stipulato un contratto di matrimonio, da quello dovevansi intendere regolate le relazioni patrimoniali dei coniugi, e quella convenzione regolavasi come tutte le altre nei riguardi così delle sue condizioni di legittimità come dei suoi mezzi di interpretazione (2). Se non che sempre più venne prevalendo in questa materia la legge personale del marito, quella cioè del paese dove il marito era domiciliato. Il contratto nella sua parte formale si sottopose sempre alla legge del luogo dove materialmente era stato fatto, ma nella sua parte sostanziale si riportò, come a sua sede voluta dalle parti, al luogo dove la famiglia novellamente costituita doveva stabilirsi. E così la legge del domicilio del marito prevaleva come legge del contratto tacitamente prescelta dalle parti ed implicitamente indicata dalle circostanze del rapporto giuridico, trasportandosi nei rapporti internazionali, come in tanti altri casi, la regola che il diritto romano aveva formulata ed applicata ai rapporti provinciali (3). La legge del domicilio del marito governava in tal caso, secondo Bartolo, il contratto di matrimonio dovunque fosse stato stipulato, non già per la stessa ragione per cui, quanto alle circostanze della esecuzione dei contratti, « inspicitur consuetudo quae est in illo loco in quem est collata solutio », ma perchè idealmente il contratto (§ 17) si riteneva compiuto al domicilio del marito.

Le stesse ragioni giustificavano la prevalenza della legge del marito nel regolare le relazioni fra coniugi in mancanza di contratto di ma-

(1) MANTICA, op. cit., lib. XII, tit. XVII, nn. 7-10, vol. I, pag. 709: " Nam sicut matrimonium, mutuo jugalium consensu quoad vinculum solvi non potest, ita etiam quoad thorum conjuges sine authoritate ecclesiae propter periculum adulterii et dispendium salutis aeternae non possunt separari ".

(2) JOAN. ANDREAE in C. I, *De sponsalibus*, ap. MANTICA, op. cit., lib. III, tit. IX, n° 60: " ... contractus etiam matrimonii secundum consuetudinem intelligitur ".

(3) BALD., in l. *Exigere dotem*, Dig. *De judicis*, § 1: " ..... et ratio est quia uxor ad aliud domicilium trahitur vi matrimonii... "; § 2 in fin.: " Credo quod inspiciatur domicilium viri: quia tacite videtur esse promissum secundum illam consuetudinem..... consuetudo ergo domicilii viri limitat restitutionem dotis ubicumque ". V. ALBERIC., BART. e PAULO DE CASTR. nel commento alla stessa legge e BART. in I Cod., *De Summa Trinitate*, § 17 e 18.

trimonio od in caso di deficienza di clausole in tale contratto. V'è un luogo di Bartolo dove si accenna come fuori d'ogni dubbio, alla prevalenza della legge del marito (1), senza determinare se per legge del marito dovesse intendersi quella dell'origine di lui o del domicilio. Ma altrove egli preferisce, anche prescindendo dall'esistenza di un contratto, in modo esplicito la legge del domicilio, ritenendo d'un lato che la moglie segua la legge del marito, dall'altro che non perda, in quanto non riguarda la disciplina matrimoniale, i diritti della sua origine (2) e che i diritti del marito sopravvivente siano regolati dalla legge del suo domicilio (3). Questa dottrina prevalse e fu sviluppata ed ampliata da Alessandro Tartagno (4) preferendo il domicilio di fatto del marito tanto alla legge di origine quanto a quella dell'incolato propriamente detto. Il Saliceto ed Alessandro Tartagno poi preferiscono l'ultimo domicilio, dicendo che è là che il diritto del marito si completa, mentre da altri si preferisce la legge del primo domicilio matrimoniale, in omaggio al rispetto dei diritti acquisiti (5). Nelle relazioni matrimoniali prevale pertanto il diritto del domicilio famigliare, considerandosi creata in quello colla famiglia una nuova essenza giuridica distinta da quelle dei suoi componenti.

(1) Bart., l. c., § 19: " ... Statutum et Assisii, ubi est celebratus contractus dotis et matrimonii, quod vir lucretur partem dotis, uxore moriente sine liberis: in hac vera civitate Perusii, unde est vir, statutum est quod vir lucretur dimidiam; quid spectabitur? Certe statutum terrae viri ".

(2) Bart., ad lib. L. Digesti, § *item rescripserunt. Ad municipales et de incolis:* " ... Originem mutat quo ad omnia per quae persona mulieris possit attrahi et separari a servitiis viri, et ideo non potest ibi vocari vel trahi ad honores... quo ad alia non mutat originem... et credo quod gaudeat aliis privilegiis civium ".

(3) Secondo la l. 65, tit. I, lib. V, Dig.; e questa diventa l'opinione comune. Tartagn., *Cons*.. tom. III, cons. CI, pag. LXXXVIII, *v:* Unde Bar., Bal. et post eos moderni dicunt quod si in loco domicilii mariti statutum disponit quod, uxore decedente sine liberis, maritus lucret tertiam partem dotis; sed si in loco unde fuit accepta uxor et celebratus contractus dotis est alia consuetudo, attenditur statutum loci in quo vir domicilium habet, licet secus sit in aliis contractibus ".

(4) Alex. Tartagnus, l. c. e *Cons.*, tom. III, cons. CI, ediz. cit., vol. III, pag. LXXXVIII: " Et sic difficultas tota consistit in decidendo an dicta decisio intelligatur de domicilio quod habebat ratione habitationis, non autem de loco tantum originis ipsius viri, in quo fuisset celebratus contractus dotis, et dico quod intelligitur de domicilio habitationis viri..... lex faciens mentionem de domicilio mariti, debet intelligi de domicilio ratione habitationis non autem solius originis... sed in casu nostro non intelligitur comprehensum nisi domicilium habitationis ".

(5) Bartol. a Saliceto, super primum Codicis, *De Summa Trinitate*, § 6, ediz. cit., pag. 18, 90 e Alex. Tart., *Cons.* cit.

118. — Nel regolamento della successione, non poteva riscontrarsi lo stesso accordo in favore della prevalenza della medesima dottrina, poichè, o si badava al suo elemento personale ed allora era il diritto d'una sola persona che si doveva prendere in considerazione, o si badava all'elemento reale ed in tal caso s'imponeva un frazionamento giuridico corrispondente al frazionamento materiale dei beni.

La dottrina originaria degli statutarii trovasi formulata chiaramente da Bartolo (1). Nel regolamento dalla successione sono limitati al territorio dello statuente gli effetti delle disposizioni relative ai beni, sicchè quando la disposizione di legge si riferisca a questi, si hanno tante successioni quanti sono i territorii dove i beni sono situati. Quando invece la disposizione di legge abbia carattere personale, i suoi effetti non si estendono nel territorio dello statuente agli stranieri, rispetto ai quali la legge locale cede alle disposizioni del diritto comune, e non si estendono ai sudditi dello statuente all'estero se non in quanto la disposizione di legge personale sia favorevole (2). La dottrina di Bartolo, pertanto, ammette la personalità della successione intestata, ma come elemento subordinato a due principii prevalenti: la non applicabilità agli stranieri nel territorio, delle leggi d'indole personale, e la non estensibilità ai cittadini all'estero delle leggi non favorevoli d'indole personale. Tale principio è accolto anche da Baldo; infatti, se questo non va d'accordo con Bartolo nel limitare al territorio dello statuente l'effetto dello statuto escludente dalla successione le femmine in favore dei maschi, non è perchè non ammetta la regola della territorialità degli statuti sfavorevoli, ma perchè non ritiene sfavorevole quello statuto (3).

Ma accanto a questa dottrina, che potrebbe dirsi la dottrina pura ed originaria dei commentatori, altre si vennero svolgendo più o meno indipendenti a poco a poco dalla distinzione degli statuti favorevoli e sfavorevoli e dalla riserva esclusiva dell'applicazione del diritto comune ai rapporti fra gli stranieri. Fra tutte, quella che intrinsecamente apparisce preferibile e storicamente prelude al sistema destinato a prevalere in Italia è la dottrina accennata da Cino da Pistoia e professata da Alberico da Rosate. Cino esamina il caso di uno che lasci parte dei proprii beni situati dove il primogenito solo è ammesso a succedere e parte dove sono ammessi a succedere tutti

(1) Bart., l. c., § 42.
(2) V. pag. 354-6.
(3) Bald., l. c., § 19.

i figli ugualmente, e dice che la successione sarà rispettivamente regolata nei due paesi secondo la legge territoriale. Altrove però pare che Cino professi un'opinione diversa, arrivando alla conclusione che non si debba badare alla situazione dei beni, ma all'origine ed al domicilio del defunto (1). Alberico preferisce questa soluzione ed altrove (2) esplicitamente la adotta, non ripetendo più l'alternativa del diritto d'origine o di domicilio, ma preferendo esclusivamente il primo, del quale, per il regolamento della successione dei sudditi morti intestati all'estero, si hanno applicazioni, almeno nei riguardi della successione mobiliare, nelle leggi di Venezia (3).

Secondo altri, e fra questi Jacopo Butrigario, la legge che dovrebbe prevalere è quella del luogo dove venne a morte la persona della cui eredità si tratta, ritenendosi quella legge preferita dalla tacita volontà del defunto. Altri sostengono che la legge personale preferibile debba essere invece quella del domicilio del defunto. Tale legge necessariamente era applicata alla successione della donna maritata, da tutti coloro che subordinavano lo statuto personale di lei ed i rapporti economici della famiglia al diritto del domicilio del marito (4). Altri, per indicazione della stessa volontà tacita, preferivano la legge dell'ultimo domicilio, pur senza giungere alla preferenza della legge del luogo dove risiedeva il defunto al momento della morte (5). Barto-

(1) Ap. Alber. a Rosate, pars I, 46, 8: " Et tunc si persona citramontana, servetur consuetudo citramontana; si ultramontanus, ultramontana, ut sic magis attendatur persona de cujus hereditate agitur quam ubi sint sita bona ".

(2) Alber. a Rosate, pars II, 136: " Aliquis habet bona in diversis civitatibus; moritur; quaeritur an de bonis suis debeat judicari secundum statuta civitatis ubi est originarius, an civitatum in quibus bona et patrimonia sunt? Quidam dicunt, quod debent servari statuta civitatum in quibus habet patrimonia..: alii dicunt spectari locum originis... et haec videtur tutior quia in multis prevalet ratio originis... verius credo quod locus originis attendatur et non locus mortis, nam locus mortis demum inspicitur cum locus originis est incertus ".

(3) *Statuti Veneti*, lib. IV, cap. XX, XXV; lib. V, cap. IV, V, VI, ediz. cit., pag. 58, 9, 61, 6, 8.

(4) V. pag. 354-8.

(5) Alber. da Rosate, pars II, cons. 136, nn. 2, 3: " Alii tamen dicunt quod spectetur locus in quo testator moritur; quod sic probant, sicut haeredes instituti capiunt expressa voluntate testatoris, sic venientes ab intestato ex tacita; sicut ergo se habet expressa ad institutos sic tacita advenientes ab intestato..... Sed expressa regulantur, secundum locum in quo disponitur..... ergo et tacita; tacite autem disponit cum moritur et non providet sibi de alio haerede si eo tempore, igitur, et eo loco, secundum eum igitur, locum regulari debet haec tacita dispositio. Est haec videtur fuisse opinio Jac. Bu. ".

lomeo da Saliceto abbandona del tutto la distinzione verbale di Bartolo (1), ed ammettendo il regolamento universale della successione combina l'impero della legge di origine con quello della legge del domicilio in modo che chiarisce tutto il suo sistema e merita d'essere particolarmente riferito. Se l'originario di un paese muore in un altro senza esservi stabilito, dev'essere seguìta, anche come indicata dalla tacita volontà di lui, la legge di origine; se invece il defunto era o naturalizzato o domiciliato nel paese dove venne a morte, deve essere nei due paesi applicata rispettivamente la legge locale ai beni che vi sono situati (2). Se invece uno veniva a morte nella propria città originaria senza aver assunto domicilio altrove e lasciava beni mobili ed immobili altrove situati, il Saliceto, dopo essersi arrestato un istante davanti alla difficoltà del caso, optava per la prevalenza universale della legge di origine, senza distinzione dell'indole dei beni (3) ed applicandola pertanto tanto ai mobili ed agli immobili

(1) Bart. a Salic., l. c., § 14: " ... Et haec duo procedunt sive statutum loquatur per verba personalia ut fatetur Bartolus sive per verba in re scripta..... Quia ista verba a lege prolata intelliguntur jure universali et directo... Unde infero quod, quovis modo ex praedictis statutum originis loquatur, ille erit haeres, etc., etc. ".

(2) Bart. a Salic., super I, Cod. *De Summa Trinitate*, § 13, pag. 22: " ... licet ista verba (la distinzione di Bartolo) aliquando fuerim sequutus, tamen nunc aliter dico. Et, pro veritate elucidando distinguo, aut iste Lucanus origine, decessit in Anglia aut in civitate sua originaria: si in Anglia aut ut peregrinus et advena: et tunc statutum et consuetudo originis a qua non recessit et cui concessit vere vel ficte, debet attendi et servari, quia secundum illa vivere et mori voluit... Aut decessit in Anglia ut civis et incola ibi domicilium habens, et isto casu dico quod consuetudo cujuslibet loci debet considerari: videlicet Anglicana in Anglicis et Lucana in Lucanis ". § 14, pag. 23: " Et ratio est quia consuetudo loci ligat forensem ibi domicilium habentem: hac etiam quia defunctus fingitur duplex homo, videlicet Lucanus ratione originis quam sibi mutare non potuit, et anglicus ratione civitatis adeptae... ideo ex ejus tacita voluntate consuetudo Lucana servetur in bonis Lucanis et Anglicana in Anglicis; quia secundum Anglicana ad quam se transtulit, domicilium sibi constituit, vivere et mori voluit... et similiter secundum Lucanam respectu bonorum quae ibi dimisit ".

(3) Bart. da Salic., l. c., § 14, pag. 23, 4: " Si autem bona sunt immobilia et tunc, licet hoc dubium sit arduum, tamen teneo quod consuetudo et statutum loci originis in quo moritur, debeat etiam in his bonis servari et secundum illa judicari et non secundum consuetudinem loci ubi bona sunt sita, et rationes sunt istae: quia ex quo defunctus domicilium originis non mutavit, secundum legem ejus dicitur juris praesumptione mori voluisse, et ad illum ab intestato sua bona pervenire ad quem lex suae originis disponit, ut sic quod operant voluntas expressa testati secundum statutum et privilegium suae patriae... idem operetur tacita voluntas morientis ab intestato... Et quod ejus tacita voluntas secundum legem patriae et non secun-

situati altrove quanto ai diritti ed alle azioni (1). Il Saliceto prevede poi l'obbiezione che gli si può muovere in nome del rispetto delle singole sovranità, e vi risponde (2), traendo non solo altri dottori alla sua opinione, ma riuscendo anche a farla prevalere nella pratica (3).

Il Saliceto dunque informa la sua dottrina sopratutto a due concetti: universalità della successione e prevalenza della legge d'origine come indicata dalla tacita volontà del defunto. Per l'uno e per l'altro concetto egli ammette qualche eccezione, però, in favore della legge del domicilio combinata con quella della situazione dei beni. Si possono, nel regolamento internazionale della successione, fare sei ipotesi. Il defunto che lascia beni in più paesi è morto in patria senza essere domiciliato altrove; è morto in paese straniero dove era domiciliato; è morto in paese straniero senza esservi domiciliato; è morto

dum aliam sit intelligenda, probatur ex eo quod cives omnes, etiamsi in condendo hanc legem non interfuerunt, finguntur tamen huic legi consensisse, ex quo ergo de contraria voluntate mutato non apparet, dicitur in morte in ea perseverare et secundum illam mori voluisse. Confirmatur secundo quia statutum potest afficere personam sibi subditam etiam respectu rerum in alio territorio situatorum, ut patet in collecta quam civitas potest imponere civi suo etiam pro aestimatione rerum, quas possidet extra territorium..... Et si hoc in collecta, fortius in successionis praelatione, cum invitus collectetur et successor voluntarius spontaneo datur... Et ex his habes quod statutum originis et jus domicilii, quo disponitur ut filius masculus vel frater defuncti ab intestato succedat filia exclusa quae debeat dotari, debeat servari etiam in bonis immobilibus extra territorium situatis „.

(1) L. c.: " Sint aut essent jura et actiones, et tunc, sive competant ad mobilia sive ad immobilia, dico in dubio statutum originis servandum esse, quia actiones et nomina cum extero contracta non sunt bona extra territorium sita: cur non occupant locum sed sunt jura personae cohaerentia ejus ossibus affixa... et in concernentibus personam potior est locus originis... ac etiam quia censetur esse potius intra territorium ubi est persona, licet vere non sint in loco „.

(2) L. c.: " ... respondeo... ad primum cum dicunt quod statutum non porrigit vires extra territorium... primo quod illae leges loquuntur in actibus exercentibus a judice extra territorium, quia solemniter acta intra territorium et cum persona legitima, effectum suum extendit etiam extra territorium... Nos vero loquimur in dispositione legis municipalis quae est perpetua et generalis, ideo effectum suum extra municipium extendit..... Vel aliter illae leges locum habent, quin principaliter disponint de bonis extra territorium sitis, sed in casu nostro disponit de praelatione personarum succedendo et de personis quae non sunt exemptae a statuto... Praeterea hoc statutum, ut dixi, est declarativum et interpretativum voluntatis defuncti: unde jura illa ad nostrum propositum non faciunt „.

(3) L. c.: " Sic consului et de facto obtinui et in hanc opinionem concurrunt valentissimi Doctores tam in Bononia quam in Florentia „.

in patria essendo domiciliato in paese straniero; essendo domiciliato in paese diverso dal paese d'origine è morto in un terzo territorio; dovunque muoia lascia beni in territorii diversi da quelli dell'origine e del domicilio. Il Saliceto risolve le prime tre ipotesi facendo prevalere l'universalità della successione e la legge di origine, ed ammettendo, nei limiti del territorio dove il defunto aveva conseguito l'incolato e limitatamente ai beni in quello esistenti, la prevalenza della legge del domicilio. Le altre due ipotesi non sono risolte, ma per analogia possono risolversi assimilando la quarta e la quinta alla seconda, e facendo prevalere nella sesta la legge di origine. Infatti, così facendo, si tien conto dell'universalità della successione, ispirata ad un tempo e temperata dalla volontà tacita del defunto che è il concetto fondamentale preferito dal Saliceto, e nel tempo stesso si conserva quell'identità di regolamento dei mobili e degli immobili nei rapporti della successione che è uno dei tratti più salienti della sua dottrina.

In contrasto con queste soluzioni, che, quanto all'indole della successione tendono alla universalità, e quanto alla legge regolatrice ne preferiscono il carattere personale, stavano quelle corrispondenti alla maggioranza dei commentatori che, non ravvisando nella successione una graduazione di diritti personali, ma una disposizione dei beni, facevano più o meno prevalere sulle leggi proprie del defunto e degli eredi, quelle della situazione dei beni immobili, applicando la legge del defunto ai mobili, ai diritti ed alle azioni. Tale dottrina conciliavasi con quella di Bartolo (1) e si appoggiava sull'autorità di Baldo (2). In tal guisa si prescindeva dalla distinzione fatta da Bartolo del carattere personale e territoriale dello statuto, adottandosi la massima che lo statuto obblighi gli stranieri quanto ai beni situati nel territorio; ed a tale opinione sottoscriveva Alberto Bruno (3). Altri, come

(1) Bart., l. c., § 42.

(2) Bald., l. c. e § 11, 17 in fine: " In contrarium quod hic non agitur de persona sed de acquisitione: ideo debet inspici locus rerum acquirendarum et hanc partem tenent Guil., Cy., et Bar. Et ex hoc sequitur quod in castris quae sunt in Francia succedit primogenitus solus secundum legem Francorum, sed in castris quae sunt in Lombardia succedunt omnes aequaliter: nec tenebitur primogenitus conferre, quod istud est proprium lucrum ea eadem causa dependens; ideo non habet locum collatio et istam partem teneo ". Bald., *De Statutis*, v. *succedere*, n° 2.

(3) Albert. Brun., *De Statutis*, art. VI, 9, 10: " Ideo debet inspici locus rerum acquirendarum et haec opinio apud antiquos fuit communior "; art. VIII, 122: " Dixit communem opinionem esse quod, sive statutum loquatur

Giovanni d'Anagni e Paolo de Castro (1), conciliavano la universalità della successione coll'impero della legge della situazione, facendo prevalere il diritto del luogo dove la maggior parte dei beni trovasi situata. Dalla dottrina originaria di Bartolo si può dunque prender le mosse per veder ramificarsi, nei riguardi della successione intestata, le varie tendenze che informarono i moderni sistemi di diritto internazionale privato; la territorialità assoluta rispetto agli immobili che prevalse più tardi anche fra noi nella giurisprudenza, la prevalenza della legge del luogo dove trovasi la parte precipua dell'eredità, la legge del domicilio del defunto, e finalmente quella legge d'origine che, abbandonata per lunghissimo tempo nella pratica, doveva fra noi fornire ai nostri giorni, in tale materia, il criterio fondamentale del diritto internazionale privato.

119. — Quando trattavasi di successione testamentaria, la prima questione da esaminare era quella della forma del testamento per constatare se potesse dirsi che un testamento fosse giuridicamente esistente. Su questo punto non era stato in vigore fin da principio, come non era stato rispetto agli altri atti, il principio che dovesse prevalere la legge del luogo dell'atto. Jacopo dei Ravani sosteneva che della validità del testamento si dovesse giudicare secondo la legge del luogo dove i beni sono situati. Pietro de Ancarano era della stessa opinione, ritenendo che un testamento fatto in un paese dove siano richieste

in rem sive in personam, non trahitur ad bona sita extra territorium statuentium, sed attenditur uniuscujusque loci quoad bona utrobique sita observantia „.

(1) Giovanni da Anagni, professava l'opinione che si dovesse badare al luogo dove trovasi la maggior parte dell'eredità (Johannes de Anania, *Consilia*, Petrus Antonius De Castelliano, Anagni 1491, cons. IV): “ Circa vero aliud dubium quo queritur utrum dictus agnatus excludens matrem sit haeres vigore statuti quod viget in illo loco, dato quod ibi non sint omnia bona indistincte, credo quod sic maxime si ibi est major pars haereditatis... Sed certum est quod judex illius loci debet servare sua statuta et consuetudines illius „. Cfr. Albertus Brunus, *De Statutis*, art. VIII, § 129: “ Ita quod judex talis loci etiam quo ad bona alibi sita, si coram eo hereditas petatur, teneatur ipsius statuta servare quasi velit dicere quod coram eo sit haereditas petenda..... Et in hanc opinionem quod attendatur locus ubi est major pars bonorum inclinat Pa. de Ca., in l. *Si fideicommissum* in prin. Dig. *De judic.* ubi refert quaestionem quam dicit se vidisse de facto Florentiae „. Paulus de Castro, prima super Digesto Veteri, *De judiciis*, l. *Si fideicommissum* (ediz. cit., pag. 103*v*, § 2): “ ... licet haeres possit conveniri in pluribus locis ubi ipse sortitur forum pro legato vel fideicommisso, semper tamen in executione habet exceptionem: ut non compellatur solvere nisi ubi est major pars haereditatis nisi testator mandaverit alibi solvi... „.

minori solennità, non sia valido quanto ai beni situati in altro territorio dove la legge richieda solennità maggiori, ma lasci sussistere la successione *ab intestato* per i beni esistenti in quel secondo territorio. Questa opinione aveva pur professato Oldrado da Ponte, e per un certo tempo anche Cino da Pistoia, adducendo il motivo che lo statuto di una città derogante dal diritto comune non può applicarsi se non ai soli sudditi. Ne derivava che il testamento formalmente valido secondo la legge del luogo dove esistono i beni, era valido nelle sue conseguenze dovunque; che quello valido nel luogo cui apparteneva il testatore era pure, salvo le riserve relative agli immobili, valido dovunque; ma che un uomo appartenente ad un paese non poteva validamente testare in un altro territorio, seguendo le forme consentite o prescritte dalle leggi di questo. La regola della forma confondevasi in tal caso, con esempio imitato anche ai nostri giorni (vedi Codice olandese), colla regola della capacità (1).

La regola *locus regit actum* fu preferita in tale materia da Guglielmo de Cuneo, il quale, ritenendo decisiva quanto alla forma la legge del paese dove le disposizioni erano fatte, anche se i beni fossero situati altrove, esprimeva l'avviso che tale soluzione dovesse prevalere. A tale opinione sottoscrisse più tardi Cino da Pistoia che, prima anche nei rapporti della validità formale, aveva preferita la dottrina della territorialità. Non era però di grande importanza nella pratica poichè, nell'esempio da cui prendeva le mosse, lo statuto permissivo del luogo d'origine del testamento era sostanzialmente conforme al diritto comune, limitandosi a togliere un ostacolo esistente (2) secondo questo. Ma Alberico da Rosate (3) si pronuncia in modo generico

(1) Julius Clarus, ex libro III, *Sententiarum Receptarum*, § *Testamentum*, Venetiis, ex Typ. Baretiana, MDCXXVI, quest. 56, affermava essere giudicato generalmente inapplicabile ai rustici testanti nella città ed ai cittadini testanti nel contado, il privilegio della legge che concede ai rustici di testare al cospetto di cinque testi. " Scias tamen quod hoc privilegium quod conceditur per d. l. fi. conceditur personae et loco copulative, scilicet rusticis et in rure testantibus; et ideo ut sit locus dispositioni d. l. fi. requiritur quod utrunque concurrat. Si ergo rusticus testatur in civitate vel civis in comitatu, non gaudebunt beneficio illius legis... et est communis sententia ut dicit Boer., decis. 228, post num. 10 ". E ciò senza modificare la regola generalmente ammessa — v. *addit.* 19, pag. 95 — dell'impero della legge del luogo dove l'atto fu celebrato, regolante la legittimità formale così dei contratti come dei testamenti.

(2) Bart., l. c., § 37.

(3) Alb. da Ros., *De Stat.*, lib. I, quest. 46, 5; Roch. Curt., *De Statutis*, sectio IX, § 2, 3, *Tractat. illustr. Jurisconsult.*, ediz. cit., tom. I, pag. 377*r*.

per la prevalenza della forma valida secondo la legge del luogo dell'atto, anche quando lo statuto che la autorizza sia disforme dal diritto comune. Baldo invece a tale proposito incorre in una confusione (1) fra la validità formale e quella sostanziale, facendo dipendere, nell'esempio da lui addotto, questa da quella, mentre devono essere distinte. Bartolo formulò questa dottrina ancora più chiaramente, affermando che, ogniqualvolta lo statuto relativo alle forme si riferisce esclusivamente ai cittadini, non debba applicarsi ai forestieri nel territorio, ma che ogniqualvolta « loquitur simpliciter et indefinite; et habet locum in forensibus ibi testantibus » (2), e s'estende nella sua validità anche ai beni situati in altri territorii (3). Guglielmo da Cuneo dimostra così l'impero della regola *locus regit actum* anche rispetto ai beni situati in altro territorio. Lo statuto, egli dice, non dispone in tal caso principalmente dei beni situati fuori del territorio; « sed sufflat tantum spiritum in testamento, validando ipsum et authoritatem suam praestando, ex eo ergo valide adiit haereditatem et aditio sui natura porrigitur ad omnia bona, nec certum locum requirit, quia in animo licet exterius declarando consistit ». A tale principio si uniformò poi anche la pratica del diritto e della giurisprudenza (4) veneta. Il riconoscimento della regola *locus regit actum*, quanto alla forma del testamento, divenne pertanto ben presto comune (5), salvo alcune eccezioni, ora scomparse, derivanti dall'immunità di certe parti del territorio (6) e salvo altre eccezioni (7) che anche oggidì

(1) L. c., § 17.
(2) BART., l. c., § 24, 25.
(3) BART., l. c., § 37.
(4) *Statuti Veneti*, lib. VI, cap. XLV.
(5) BART. A SALIC., l. c., § 12, pag. 22: " ... et haec opinio communis ".
(6) Così un testamento redatto nelle forme del diritto comune in territorio dove vige un regolamento diverso delle forme, ma in luogo esente dalla giurisdizione territoriale, per esempio nei limiti della clausura di un monastero, doveva ritenersi valido perchè v'era giuridica identità fra un luogo esistente fuori di un territorio ed un luogo esistente entro ai suoi confini ma esente. A tale proposito trovasi ripetutamente citata la contestazione di un testamento che un conte Renato di Challant avea redatto nella città di Milano in luogo sacro esente dalla giurisdizione milanese, senza osservare le forme volute dallo statuto milanese, e seguendo invece le solennità del diritto comune, e la soluzione in favore della validità di quel testamento. *Syntagma receptarum sententiarum*, tom. III, Lugduni, Cardon, MDCVIII, pag. 567, 8. Cfr. colle immunità attuali diplomatiche e consolari.
(7) PEREGRINI, Op. cit., vol. I, cons. 63; vol. IV, cons. 34, n° 2 e cons. 79, n° 10.

non mancano (1), sia nei riguardi di certe forme di testamento, imposte o negate ai sudditi all'estero, sia in quelli della *fraus legis* (2) e di certe solennità richieste nelle disposizioni relative ai beni esistenti nel territorio.

Della validità del contenuto del testamento deve logicamente giudicarsi sopratutto secondo le stesse ragioni che governano la successione intestata. Alle attitudini della legge a disporre di quanto non è disposto dalla volontà umana, corrispondono infatti le attitudini della legge a modificare, invalidare e limitare l'espressione e gli effetti di questa volontà. Sicchè, secondo la dottrina di Alberico da Rosate (3), alla legge d'origine deve ricorrersi per giudicare della validità intrinseca delle disposizioni. Secondo la dottrina di Bartolo il testamento fatto in un paese, osservando le forme prescritte o consentite dalle leggi locali, è valido formalmente anche quanto ai beni situati altrove (4); la stessa soluzione vale anche quanto al contenuto del testamento, modificata però dall'estraterritorialità delle disposizioni favorevoli e dalla territorialità di quelle sfavorevoli (5). Sicchè, una disposizione proibitiva esistente nel paese del testatore, come quella di non poter legare alla moglie, invaliderà secondo Bartolo il testamento quanto ai beni del defunto situati all'estero soltanto nel caso che sia giudicata favorevole. E quando il testatore fosse domiciliato al momento della morte in altro territorio dove quelle proibizioni non fossero accolte dalla legge, l'effetto di quelle proibizioni non si farebbe sentire, secondo Bartolomeo da Saliceto, sui beni lasciati dal testatore in quel paese dove aveva acquistato l'incolato (6).

(1) Peregr., vol. II, cons. XIII, nn. 19, 20.
(2) Roll. a Vall., *Cons.*, ediz. cit., vol. I, cons. XXXVI e vol. II, cons. XLIII, n° 42.
(3) L. I, *Quaest.*, 46, 8 e II, *Quaest.* 136 e nel commento alla l. *cunctos populos;* v. anche Albert. Brun., art. VIII, n° 126, *Super Statutis*, ediz. cit., pag. 204 *v:* " Alii autem fuerunt in contraria opinione, scilicet quod sit considerandus locus originis defuncti ita quod jus ibi vigens trahatur ad bona ubicumque sita, quasi locus originis prevaleat... et dicunt jus aditionis esse personale et non reale ".
(4) Bart., n° 37.
(5) Bart., l. c., § 32.
(6) Tale fu il caso del consiglio già citato di Bartolomeo da Saliceto, approvato da Riccardo da Saliceto e da Giovanni da Legnano, nel litigio relativo alla successione di un Bertolini di Reggio, morto essendo domiciliato a Bologna. Quel testatore (v. pag. 336, nota 3) aveva lasciato alla moglie molto più di quanto dalla legge del paese d'origine gli fosse consentito, ma nelle proporzioni consentitegli dalla legge del domicilio. Rispetto ai beni

Secondo la teoria di Baldo la legge nazionale, indipendentemente dal suo carattere favorevole o sfavorevole, purchè non fosse stata radicalmente contraria al diritto naturale, doveva fornire il criterio della validità del testamento anche quanto ai beni situati altrove; però, se il testamento intrinsecamente valido secondo la legge nazionale del testatore era stato redatto nelle forme del diritto comune, egli riteneva fuori di dubbio la sua validità anche sui beni situati altrove; mentre se era stato redatto secondo le forme dello statuto locale, diverse da quelle del diritto comune, pur pronunciandosi per la validità, la riconosceva disputabile (1). Finalmente l'opinione di Jacopo de' Ravani voleva che l'istituzione testamentaria fosse per sè valida quanto ai beni situati nel territorio, lasciando, nel caso di qualsiasi allontanamento del testatore dal diritto comune, libero il campo all'applicazione del diritto comune quanto ai beni situati altrove (2).

In tali dottrine stanno i germi delle due tendenze: di quella informata alla universalità e personalità e di quella informata alla pluralità e territorialità delle successioni. Quest'ultima non poteva mai escludersi in modo assoluto, poichè in certi limiti ne esigono il mantenimento in ciascun paese le ragioni del diritto pubblico e la tutela dell'ordinamento della proprietà. Nello sviluppo successivo del diritto internazionale privato, anche nella stessa Italia, essa ebbe però un'efficacia molto più estesa e duratura. L'influenza delle idee feudali, e, insieme colle signorie straniere, delle dottrine svoltesi altrove, doveva farvi adottare per lungo tempo in proporzioni ben maggiori di quelle richieste dalla ragione e consentite da quei primi maestri, anche in confronto della espressa volontà dei testatori, la prevalenza della legge vigente dove i beni sono situati.

120. — Nel diritto penale il delitto diventava lentamente d'ordine pubblico, la legge territoriale non acquistava che lentamente un potere assoluto in confronto degli stranieri, e le regole che venivano a poco a poco adottate circa l'estensione e l'applicabilità del diritto punitivo si confondevano da principio e divergevano più tardi non senza fatica da quelle relative ai limiti d'applicazione del diritto civile.

esistenti nel Bolognese, quei giureconsulti, analogamente alla loro dottrina circa la legge personale, non ritennero applicabili le riserve imposte dalla legge del paese d'origine.

(1) Bald., l. c., § 17.

(2) Bart., l. c., § 37.

Una questione il cui esame parrebbe impossibile alla coscienza giuridica moderna, si affacciava anzitutto ai commentatori: quella cioè della punibilità dello straniero che delinque nel territorio. Se circa la definizione dell'atto da lui commesso v'era uniformità fra il diritto comune ed il diritto municipale, sulla punibilità dell'atto stesso nel territorio non poteva sorger dubbio. Ma questo sorgeva quando i due diritti erano a tale riguardo disformi. La disformità poteva verificarsi o quanto alla definizione dell'atto o quanto alla indole della pena. Sotto quest'ultimo punto di vista si ricorreva a concetti comuni a quelli vigenti nei rapporti di diritto privato, sia dai giuristi che escludevano, sia da quelli che ammettevano l'applicazione del diritto locale. I primi applicavano anche a questi rapporti il principio che « statuta non ligant forenses seu non subditos »; gli altri, dopo aver ricordato che « quo ad litis decisionem..... debet servari lex vel consuetudo loci contractus », concludevano che « delicta et contractus aequiparantur » (1).

Se la disformità rifletteva la definizione dell'atto, così che lo statuto rendesse delittuoso un atto permesso secondo il diritto comune, alcuni arrivavano alla medesima soluzione, precorrendo in tal guisa la territorialità del diritto penale, altri distinguevano i delinquenti che avevano da quelli che non avevano conosciuta la legge e procedevano con varie distinzioni e sottigliezze degne d'esser notate. Così Bartolo, se trattavasi di delitto di diritto comune ammetteva l'applicazione, quanto alla pena, dello statuto o consuetudine della città ove il delitto era stato consumato (2). Se il delitto non era di diritto comune, la distinzione relativa alla conoscenza od ignoranza della legge, accennata da Alberico da Rosate, veniva sviluppata nella graduazione seguente. O lo straniero s'era trattenuto in quel territorio così lungamente da doverne secondo ogni verosimiglianza conoscere lo statuto ed allora le disposizioni di questo potevano essergli applicate; oppure non vi aveva dimorato, ma l'atto suo era generalmente proibito, ed in tal caso non dovevasi consentirgli di invocare l'ignoranza a totale scusa; o non trattavasi d'atto generalmente proibito,

(1) Alber. da Rosate, lib. III, quest. I, 1, 2, dove esamina la questione se un Modenese delinquente a Bologna, dove per furto superiore a 10 soldi era comminata la perdita di un occhio, dovesse subire questa pena od essere soltanto fustigato secondo il diritto comune.

(2) Bart., l. c., § 20 in fine; Cyn. eod. e per l. *vulgaris*, § *si quis*, Dig. *De fur.*

e il delinquente non doveva punirsi se non quando avesse conosciuta la legge locale. La distinzione comune dei dottori, ispirata dal concetto fondamentale di Bartolo, è riferita da Baldo così: 1. Lo statuto crea il delitto e la pena. In tal caso se lo straniero fece tanta dimora in quel territorio da esser verosimile che ne conosca la legge, è soggetto allo statuto. Se lo straniero non vi aveva dimorato tanto lungamente da poter presumersi in lui la conoscenza dello statuto, allora si suddistingueva: o quel fatto era generalmente proibito per comune consuetudine, e il delinquente doveva pure punirsi per supina ignoranza; o non trattavasi di un fatto comunemente proibito e il delinquente non doveva punirsi se non nel caso che avesse conosciuta la legge. 2. Lo statuto crea una pena speciale di delitto che è pur tale per diritto comune. In tal caso il diritto territoriale si deve applicare perchè « qui delinquunt, implicite in poena consentiunt » (1). Bartolomeo da Saliceto completa poi queste distinzioni e quelle di Bartolo con un'altra suddistinzione relativa al caso che il fatto punito dallo statuto e non dal diritto comune, sia punibile secondo gli statuti dei territorii vicini. In questo caso bisognava distinguere, secondo il Saliceto (2), se la legge di cui lo straniero allegava l'ignoranza era conforme al diritto naturale, od era una creazione del diritto positivo. Nel primo caso egli era d'accordo con Bartolo nel rifiutare la scusa. Nel secondo caso la rifiuta quando il delinquente appartenga ad una delle città dove quell'atto è punito. Se invece il delinquente non apparteneva alle città vicine, dove quell'atto era proibito, allora egli ammetteva la scusa d'ignoranza. Se l'atto non era proibito nelle altre città, non riteneva applicabile la legge allo straniero che l'avesse ignorata.

Due concetti diversamente combinati e limitati stavano dunque alla base del diritto penale nei riguardi dei delinquenti stranieri secondo i commentatori italiani: la superiorità del diritto comune sui diritti particolari, e il riconoscimento, come scusa, dell'ignoranza delle leggi

(1) Baldo, l. c., § 22.

(2) Saliceto, sup. prim. Cod. *De Summa Trinitate*, § 7, ediz. cit., pag. 19: " ... Aut juris civilis et positivi, et tunc aut iste reus est de aliqua illarum civitatum circumvicinarum in qua simile jus viget, et dico eum teneri per legem allegatam superius, et quia jus quod putavit aequum etiam in patria sua debuit putare fuisse in aliena; aut iste est de remota in qua simile jus non viget et tunc non puto eum teneri per jura in sequenti membra allegata. Aut per alias civitates hoc non erat generaliter prohibitum et tunc dicit ipse quod non tenetur nisi sciens fuerit... Et glossam habemus notandam que dicit peregrinos licite ignorare consuetudines terrarum... Quod fateor nisi in propria civitate jus servaretur ut dixi ".

particolari da parte degli stranieri. Anche il diritto veneto, che pur non ammetteva riserve circa la propria autonomia, riconosceva tale scusa dell'ignoranza della legge locale, presumendola ogniqualvolta non si fosse trattato di atti vietati dalle leggi di natura, dal diritto comune o delle genti o dalle disposizioni speciali relative al porto d'armi. E punendo l'usura con una legge del 1254 se ne estendevano le penalità al forestiero che l'avesse esercitata a Venezia soltanto nei suoi rapporti con un Veneto (1).

La scusa dell'ignoranza era connessa coll'altra derivante dalla superiorità del diritto comune su quelli particolari. Infatti il conflitto non era fra lo statuto locale e la legge nazionale dello straniero, ma fra la legge locale e il diritto comune che lo straniero aveva facoltà di ritenere per sè esistente dovunque. Scomparsa, per sviluppo di legislazioni particolari e per consolidarsi delle varie sovranità, la superiorità del diritto comune, le varie leggi particolari restavano perfettamente eguali l'una di fronte all'altra. Nessuno poteva allora, come non aveva potuto antecedentemente, invocare l'applicazione della propria legge penale, e quando più non gli fu concesso invocare quella del diritto comune, l'ignoranza della legge locale non potè più essergli una scusa, e si giunse con naturale transizione alla territorialità del diritto penale.

121. — Nel caso di chi avesse commesso un reato all'estero, la sua punibilità nel luogo d'origine era determinata, secondo Odofredo ed Alberico da Gandino, dal diritto comune e non già dal diritto municipale, la qual norma escludeva, quanto alle leggi particolari, la personalità della legge penale. Infatti la punizione di quel delitto o poteva farsi secondo le norme del diritto comune o secondo quelle del luogo dov'era stato commesso il reato, invocando in favore di quest'ultima soluzione l'equiparazione dei contratti e dei delitti. Cino da Pistoia arrivava invece alla dottrina della personalità del diritto penale, sostenendo che « lex et sententia equiparantur; sed suum subditum potest ligare sua sententia, ergo sua lege », concludendo che « civis ex delicto in alia civitate commisso potest in sua civitate puniri secundum legem suae civitatis » (2). Bartolo riferisce diffusamente le due opinioni, ammettendo che si possa punire in patria chi abbia commesso delitti all'estero quando la legge patria espressamente

(1) *Statuti Veneti*, Leggi civili, 10 giugno 1254. Ediz. cit., pag. 221 *v*.
(2) Bart., l. c., § 47. V. pag. 278.

disponga su quanto compia il cittadino fuori del territorio. Se invece la legge dispone limitatamente al territorio giudica che non se ne possa applicare la disposizione agli atti compiuti all'estero dai cittadini. Se lo statuto dispone semplicemente, senza esplicite estensioni o limitazioni, si può procedere contro il reo secondo la legge di origine, tanto per via di accusa quanto per via di inquisizione, secondo l'opinione di Cino, ma non potrà applicarsi, quanto alla graduazione della pena, se non che il diritto comune o la legge del luogo del delitto secondo l'opinione di Odofredo e di Alberico da Gandino (1). « Et sic in procedendo se refert ad statuta, in condemnando ad jus commune ».

Baldo riproduce su questo punto la dottrina di Bartolo che prevalse sulle altre. Pare, dice egli, che lo statuto non possa estendere al di là del territorio il suo effetto punitivo; ma egli ricorda tosto con Bartolo l'analogia del delinquente in una chiesa, che può essere punito secondo lo statuto locale, quantunque la chiesa non appartenga al territorio laico. Egli riferisce poi presso a poco la distinzione di Bartolo, dicendo: o lo statuto dispone espressamente circa i sudditi agenti fuori del territorio, e se i sudditi delinquono in tali condizioni è loro applicabile lo statuto patrio; oppure lo statuto dispone semplicemente, senza far menzione del cittadino delinquente all'estero, ed in tal caso quel cittadino è punibile se trattasi di delitto che è tale secondo il diritto comune e non se trattasi di delitto che sia tale soltanto secondo il diritto municipale « quod non censetur delictum ex quo sit in loco permisso, unde cum ratione loci et temporis licita sit facti origo ». Ed a tale opinione Baldo sottoscrive facendo però una riserva per le pene spirituali che possono esservi connesse (2). Quanto alla competenza del giudice del paese d'origine, dopo d'aver riferite tutte le controversie già riferite da Bartolo, si pronuncia con quest'ultimo per l'affermativa, « quia obligatio sequitur delinquentem, nam noxa caput sequitur; merito potest per proprium judicem puniri, etiam inquirendo, et non attenta qualitate loci sed qualitate personae quae est affecta propter delictum » (3). Anche in tale materia pertanto

(1) Bart., l. c., § 48, 49. Lo spirito di tali disposizioni non è del tutto scomparso dalle leggi penali moderne; per esempio la scelta alternativa fra le pene contemplate dalle leggi dei due paesi.

(2) Bald., l. c., § 23. Prima però riferisce altre due distinzioni.

(3) Bald., l. c., § 25. E conclude accennando all'analogia colla competenza in materia civile.

il passaggio dalla dottrina di Odofredo a quella di Bartolo e di Baldo indica un graduale avvicinarsi a quelle deroghe eccezionali alla territorialità assoluta del diritto penale che vennero accolte in varie guise e proporzioni nelle leggi penali moderne.

Era naturale poi che se la pena contemplata dalla legge locale poteva comminarsi al cittadino per delitti commessi all'estero, non si ritenesse però lecita l'esecuzione nel paese della sentenza pronunciata fuori del territorio, nè legittimi gli atti violenti compiuti fuori del territorio per impadronirsi della persona del reo. Un'eccezione alla prima regola risulta da un consulto di Baldo, il quale, interrogato se si potesse punire in Arezzo un Aretino per aver ucciso un bandito aretino in territorio di Firenze, rispose negativamente, perchè l'omicidio era un rapporto personale, e perchè essendo bandito l'offeso, la uccisione di lui doveva considerarsi nel suo paese come atto permesso (1). Un'eccezione alla seconda norma si verificava nel caso in cui si consentiva d'inseguire al di là dei confini un delinquente imputato o condannato nel territorio, violandosi in tal guisa la sovranità degli altri Stati. Oldrado da Ponte sostenne tale eccezione, disputando due questioni sullo statuto di Padova. In questa città uno statuto attribuiva un premio a chi riuscisse a presentare un condannato alla pubblica autorità: in altro statuto « cavetur quod nullus vadat ad capiendum bannitum in alterius territorio sub certa poena » (2). Ora un bandito a morte abitava nei confini dell'episcopato di Padova; Sempronio andò per impossessarsene, ma egli, vedendosi ricercato, fuggì in territorio veronese. Sempronio continuò ad inseguirlo e lo catturò in quel territorio, presentandolo poi al podestà di Padova. Alla domanda se il catturante si dovesse punire secondo uno statuto o premiare secondo l'altro, Oldrado decise in favore del premio, con una decisione però che non solo apparisce eccezionale per sè stessa,

(1) Bald., l. c., § 9 e ad lib. I Digesti, l. *ut vim.*, *De justitia et jure*, § 6.

(2) Oldrado da Ponte ap. Colle, *Mss.*, 1673*a*, vol. I, fasc. 209 della *Bibl. Universit. di Padova*. Cfr. Bald. in § *si judex*, in tit. *De pace tenenda;* Feud., lib. II, tit. XXVII e Bald. in l. *siculi autem*, § *Aristo*, Dig., tit. V, *Si servitus vendicetur*, dove nel primo passo par giustificare e nel secondo condanna l'inseguimento' in altro territorio, del reo, anche se côlto in flagrante e cominciato ad inseguire nel territorio del delitto: " non licet bannitum capere in alieno territorio etiam si fugatus ab intra territorium pervenit ad extra territorium et est ratio extra territorium illi capientes sunt privati. Item quia non licet immittere pedem in territorium alienum, ut hic, et iste captus esset ante omnia relaxandus: quia non tenuit captura " (Edit. Venet., ap. Juntas, MDLXXII, pag. 346 *v*).

anche in confronto dei principii allora vigenti, ma che era anche condannata dalla lettera della legge. Infatti lo statuto che assegnava un premio per la cattura del bandito parlava in termini generali, mentre l'altro espressamente vietava che si inseguisse il condannato oltre i limiti del territorio.

122. — La questione relativa alla estensibilità della legge penale a stranieri, anche per atti compiuti fuori del territorio, è pur esaminata con una certa diffusione da Bartolo, il quale comincia coll'escludere l'applicazione della legge territoriale nei casi in cui siano stranieri tanto il delinquente quanto la vittima; ammettendo però un'eccezione affermativa tanto nei rapporti fra città confederate, quanto nel caso di trattati stipulati a tale uopo (1). Diverso apparisce il caso a Bartolo quando nel delitto commesso fuori del territorio d'uno Stato, la vittima appartenga a questo Stato; in tal caso « videtur quod forensis hic possit puniri, quia laicus offendens clericus efficitur de foro ecclesiae » (2). Bartolo non ammette la competenza, in questo caso, con tanta estensione, ma la consente in via eccezionale e sussidiaria: « si judex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat vel quia non vult, vel quia non potest ». Ammette poi tale competenza per punire i predatori dei naufraghi « qui possunt puniri a judice personae offensae ». In tal guisa anche Bartolo conformavasi agli universali sforzi fatti per abolire il diritto di naufragio, e veniva adottando il concetto che i pirati siano nemici del genere umano (3).

Baldo riferisce ed adotta le tre eccezioni di Bartolo, ma aggiunge che se lo statuto considerasse delitto l'ingresso nel territorio di uno straniero che abbia offeso in altro paese un cittadino, allora lo si potrebbe in ogni caso giudicare e punire poichè in tal caso « forensis ligatur quia offendit ingrediendo prohibitum territorium » (4). A queste Alberico da Rosate aggiungeva un'altra eccezione, ammettendo che per reato iniziato in un territorio e consumato in un altro si potesse punire il delinquente in ciascuno dei due territorii (5). Bartolomeo

(1) Bart., l. c., § 44: " ... Idem puto si civitas in cujus territorio delinquitur, istud statutum facere consensisset ".

(2) Cfr. Statuti Veneti, ediz. cit., lib. VI, cap. XVIII, Andrea Dandolo, doge: " ... statuimus quod Statutum positum in Promissione nostra maleficii poenam infligens Venetis qui in Venetos extra Venetias maleficium perpetraverint, etiam in forensibus qui extra Venetias in Venetos maleficium perpetraverint locum habeat ".

(3) Bart., l. c., § 45.

(4) Bald., l. c., § 24.

(5) Alberic. da Rosate, Op. cit., lib. IV, quest. LXXIX, 3.

da Saliceto è meno liberale di Bartolo nel riconoscimento della giurisdizione per reati commessi all'estero. Esaminando il caso di un bolognese che abbia ucciso in territorio di Bologna un modenese, egli comincia col riconoscere che non sarebbe lecito punirlo secondo il diritto comune. Ma in Modena vige uno statuto secondo il quale può giudicarsi a Modena a proposito di sudditi modenesi uccisi dovunque e per opera di chiunque. Ora egli si domanda se il podestà di Modena possa punire l'uccisore ed applicare la pena modenese più grave di quella minacciata dalla legge di Bologna. Alla prima questione risponde affermativamente se l'uccisore è un modenese di origine, sia pure domiciliato a Bologna, oppure un bolognese di origine domiciliato a Modena; nel caso di un colpevole bolognese non domiciliato a Modena, non ammette la giurisdizione sussidiaria riconosciuta da Bartolo (1) e nega la giurisdizione del magistrato modenese, applicando nella stessa misura ai delitti ed ai contratti la glossa « quod si Bononiensis ». Nei casi poi in cui riconosce la giurisdizione del giudice modenese, vuole applicata la pena contemplata dalla legge del luogo dove il reato fu consumato, e nel modo di procedere soltanto giudica che debbano osservarsi in modo assoluto le leggi modenesi.

Quando poi a qualunque titolo si dovesse procedere in un paese contro persona assente, dall'esposizione di Baldo risultavano due regole circa la forma della citazione. O l'assenza era di buona fede ed allora non si riteneva sufficiente l'affissione della citazione in luogo pubblico « quod non pervenit ad suam notitiam »; oppure, com'è il caso più frequente, « aliquis est suspectus de recessu, vel fuga, et non est necesse quod edictum ad sui notitiam perveniat » (2).

L'effetto prodotto dalla sentenza penale fuori del territorio, dove fu pronunciata, può essere o diretto, in quanto si riferisca ai mezzi di far rispettare al di là dei confini la legge e di ottenere la cooperazione dell'altro Stato nell'applicazione della pena, oppure indiretto, in quanto le conseguenze della pena sulle attitudini giuridiche della persona e sulle proprietà a questa pertinenti, possono farsi sentire in territorii diversi da quello dove fu pronunciata la sentenza. Di queste ultime conseguenze, e dei limiti della loro efficacia secondo i commentatori, fu detto parlando dello stato e della capacità della persona e delle cause che possono modificarli (3). Quanto alla estradizione essa

(1) V. pag. 373.
(2) Bald., l. c., § 25.
(3) V. pag. 342-4.

fu praticata in ogni tempo, ma andò modificando di epoca in epoca l'essenza sua e le sue norme regolatrici. Anticamente poteva domandarsi esclusivamente dallo Stato che era stato offeso nel proprio territorio da uno straniero, al paese cui questo straniero apparteneva (1), sicchè il titolo precipuo ne era il reato politico ed oggetto ne erano, anche quando la vittima del delitto che si voleva punire fosse stato un privato, i cittadini dello Stato richiesto. Per l'una e per l'altra guisa quell'estradizione primitiva differiva dunque dall'istituto dell'estradizione quale venne svolgendosi ai nostri giorni, escludendone la concessione appunto nel caso dei delitti politici e dei delinquenti nazionali.

Nel Medio Evo non mancano esempii di estradizione esclusivamente diretta alla punizione di reati comuni, come vi accennano gli Statuti veneti dei giudici di petizione (2). Della difficoltà di ottenerla è poi una prova l'esempio ricordato da Giovanni Villani nei rapporti fra Firenze e Prato (3). E tale difficoltà apparisce naturale e, fino ad un certo punto, provvida, a chiunque consideri lo stato del diritto pubblico in quei tempi. La moltiplicità delle giurisdizioni e delle immunità territoriali e lo sviluppo del diritto d'asilo dovevano opporre necessariamente quasi insormontabili ostacoli d'indole giuridica allo sviluppo della estradizione per reati comuni. E il minuto frazionamento delle sovranità e dei partiti politici per cui la fazione vinta in una città trovava gli alleati naturali nelle città vicine, rendeva impossibile in quei tempi quella stessa solidarietà in altri tempi manifestatasi che ispirava la estradizione per motivi politici. Il più che si poteva ottenere era la promessa reciproca di non ricevere nel territorio di uno Stato i delinquenti fuggiti dall'altro Stato contraente, come nel trattato del 31 luglio 1255 fra Firenze e Siena, o di limitare il diritto di asilo all'interno della città senza estenderlo al territorio, come nelle capitolazioni stipulate sul fine dello stesso secolo fra Firenze e Pistoia. Venezia, anzi, di fronte alla difficoltà di ottenere l'estradizione, ammetteva per certi delitti la rinuncia alla domanda stessa d'estradizione del colpevole, sostituendola colla garanzia che derivava per essa dall'assicurazione della dimora stabile di lui negli Stati d'un principe lontano dall'Italia ed amico della repubblica.

L'estradizione potevasi ben ottenere per delitti comuni, ma in via

(1) V. pag. 111 e Bernard, *De l'extradition*, Paris, Rousseau, 1883, vol. I, cap. II.
(2) 16 marzo 1244, ediz. cit., pag. 106 *r*.
(3) Giovanni Villani, lib. VIII, cap. II.

del tutto eccezionale. E quando la si ammetteva, non vi si faceva sempre eccezione per i proprii sudditi. Se il reo era côlto in flagrante in altro territorio e poi fuggito nel suo paese, oppure se, non côlto in flagrante, era stato già condannato nel territorio del delitto, l'autorità del suo paese doveva estradarlo (1). Se invece trattavasi di uno che non era se non accusato ed erasi ridotto ad abitare nuovamente nel suo paese il suo sovrano non doveva estradarlo (2); se invece trattavasi di uomo non abitante nel paese, che vi si rifugiava nella fuga, ritenevasi obbligatoria l'estradizione. Se si pensa però che per *homo meus* nel senso del diritto medioevale intendevasi, oltrechè il cittadino, anche il domiciliato, e che in tal caso era assimilato al suddito nei casi di semplice accusa per reato commesso all'estero, anche il semplice abitante nel territorio, chiaramente apparisce in quali ristretti confini fosse limitata effettivamente l'estradizione.

Perchè la estradizione diventasse un istituto nel suo fondamento ispirato dal principio della tutela del diritto comune, e frequente nella sua pratica applicazione, era necessario che scomparisse del tutto il diritto d'asilo, che si unificassero in ogni territorio le giurisdizioni e ne scomparissero le varie eccezionali immunità, e che una nuova solidarietà si sviluppasse fra gli Stati, non per la reciproca difesa delle loro costituzioni politiche, ma per la tutela, più logica in sè e più facilmente conseguibile, delle rispettive leggi penali.

123. — La scuola italiana di diritto internazionale privato, anche a chi ne abbia fatto uno studio incompleto, presenta due pregi indiscutibili: l'uno d'indole storica e l'altro di carattere sostanziale. Dal punto di vista storico la sua dottrina dimostra un vincolo ed una derivazione formale ed estrinseca dai testi del diritto romano che, non sempre con perfetta rispondenza di concetti, venivano addotti sovente a giustificazione delle sue norme. Ma, oltre a questo vincolo estrinseco e formale, una derivazione storica più intima apparisce fra

(1) Bart., ad lib. XLI Dig. *De re judicata*, § *Sententiam Romae*, 1. 4; *lex Divo Pio*. Il concetto dell'estradizione è qui soltanto implicito nel commento di Bartolo, che parla semplicemente di esecuzione della sentenza penale dell'altro giudice ed accenna all'estradizione soltanto prevedendo il caso che un giudice " praestat auxilium facti, puta concedendo primo judici familiam, milites et similia ".

(2) Baldo, ad lib. I, tit. XVIII, Dig., *De officio Praesidis*, § *Praeses provinciae. Additio Baldi*, dove Baldo nega prima la estradizione dell'accusato suddito " quod est non quod debet remittere et ille quem per se potest punire ", e poi nega l'estradizione degli accusati in genere e dei condannati al bando " quia remissio non est in usu quod fiat de pari ad parem ".

molte delle dottrine professate dai commentatori italiani, e le norme di diritto internazionale privato ch'erano state praticate nella società ellenistica ed in quella romana dopo lo sviluppo di potenza conseguito da quest'ultima. Il vincolo storico estrinseco si ha nella glossa fondamentale che collega i germi del diritto internazionale privato moderno alla costituzione degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio; e che ne appoggia i particolari sviluppi alle leggi del Digesto e del Codice. Il vincolo storico sostanziale ne apparisce nella corrispondenza di molte norme formulate da quella dottrina con altre norme regolanti in condizioni analoghe l'applicazione del diritto e l'estensione territoriale della legge nei rapporti fra le popolazioni soggette all'antico dominio romano. Sicchè, constatando questa analogia e la derivazione del diritto internazionale privato romano da quello sôrto nei rapporti internazionali della società ellenistica, è un'antichissima nobiltà di origini risalente ben oltre l'epoca dei testi di diritto romano, invocati nei commenti medioevali, che può invocarsi dalla dottrina italiana moderna di diritto internazionale privato.

Il pregio sostanziale della dottrina dei commentatori italiani risulta doppiamente dalla bontà intrinseca di non poche fra le sue norme, e dalla logica partizione delle materie. Dal primo punto di vista molte delle sue conclusioni fondate sull'inferiorità del diritto locale in confronto del diritto comune, sul carattere limitato delle leggi sfavorevoli, sull'analogia del diritto penale con quello privato, sull'ignoranza della legge ammessa come scusa, e sopra un concetto vago e confuso del diritto pubblico e delle prerogative dello Stato, non si potrebbero più sostenere e sarebbero perfino inconciliabili coi fondamenti stessi della coscienza e della coltura giuridica moderna. Ma per converso molte altre norme, come quelle ispirate dal concetto della personalità del diritto, quelle relative allo statuto delle forme, alla legge del contratto, e, secondo alcuni, alla successione e al testamento, risultano dallo studio obbiettivo delle cose e dei rapporti, ed anche oggidì possono ripetersi nella conclusione ed invocarsi negli argomenti addotti per difenderla e per dimostrarla.

Anzi non soltanto la dottrina che ha finito per prevalere in Italia, ma altresì quelle preferite in altri paesi possono invocare precedenti e giustificazioni nelle dottrine di quegli antichi maestri. Nel regolamento delle attitudini giuridiche della persona risulta infatti preferita da loro, ogniqualvolta un'azione estraterritoriale della legge sia consentita, quella del paese di origine. Questa legge però, che deve

preferirsi al diritto degli altri paesi dove l'individuo dimori o risieda, non prevale più se la residenza siasi trasformata in incolato. In tal caso, nei limiti del territorio dove l'individuo sia domiciliato, prevale anche quanto al regolamento delle sue attitudini personali, la legge locale, mentre nel paese d'origine continua a prevalere il diritto colà vigente, e non mancano argomenti per giudicare che nei terzi Stati quest'ultima legge debba ritenersi prevalere sull'altra. Sicchè si giustificherebbe la prevalenza della legge dell'origine su quella del domicilio nei rapporti internazionali, ma non una prevalenza assoluta, bensì relativa al territorio del paese d'origine e degli altri Stati, non al territorio di quel paese dove sia eventualmente domiciliata (1) da oltre dieci anni la persona di cui si tratta. La legge di origine risulterebbe dunque come la regola, e quella del domicilio come l'eccezione nel regolare lo stato e la capacità della persona, con effetti analoghi nella materia della successione e in quella dei rapporti fra coniugi, preludendo così in parte al sistema che fu accolto dalle nostre leggi, in parte ai temperamenti che da non pochi scrittori si vorrebbero apportare a tale sistema.

La stessa partizione delle materie escludente di per sè l'applicazione d'un sistema unico ed assoluto in rapporti così complessi, e rispondente al carattere analitico dei commentatori e degli studii, nei quali sopratutto divennero famosi, diede inoltre un ammaestramento e fornì un indirizzo che furono fecondi di ottimi risultati anche in quanto la scienza doveva più tardi allontanarsi dalle conclusioni dei commentatori. Poichè, come le trattazioni sistematiche posteriori e le stesse migliori soluzioni legislative lo dimostrarono, trattandosi di trovare per ciascun ordine di rapporti, considerato nelle relazioni internazionali, la legge regolatrice più competente, la trattazione analitica e l'esame delle ragioni intrinseche del regolamento di ciascun gruppo di istituti e di rapporti giuridici, era il solo mezzo per arrivare alla formulazione di norme di diritto internazionale suffragate dalla ragione e rispondenti alle esigenze della pratica. Perciò doveva essere massimamente feconda di ammaestramento una scuola di giuristi che, se mai peccarono per errore di metodo, peccarono per eccesso di analisi e per abuso di suddistinzioni. Per tal guisa la dottrina di quegli antichi giuristi, anche in quanto si distingue per diver-

(1) Cfr. Paul. de Castro, Prima super Digestum, *De judiciis*, ediz. cit., pag. 127 *v*.

sità di conclusioni, si avvicina, per analogia nell'indirizzo della trattazione e nel metodo dell'indagine, al diritto internazionale privato moderno, che può trovarvi non solo un esempio che lo ispiri, ed una tradizione che lo francheggi, ma anche una salutare ripugnanza dalle regole troppo assolute, ed un metodo analitico d'indagine che lo perfezioni.

Fuori d'Italia, un po' sul metodo e molto più sulle conclusioni dei giuristi in tale materia, influirono la dottrina feudale e l'organizzazione feudale della società e del diritto. Il potere assoluto del sovrano e la preponderanza del diritto del suolo su quello delle persone che vi si trovavano, costituivano due capisaldi della territorialità della legge e due ostacoli alla espansione della legge straniera. Perciò dovunque queste condizioni esistevano, l'accoglimento e lo sviluppo della dottrina dei commentatori italiani dovevano essere ridotti nei più stretti confini e, in contraddizione coi fondamenti della dottrina italiana, la legge personale doveva trovare un ostacolo alla sua azione estraterritoriale non già nella prevalenza del diritto comune, ma nella dottrina della territorialità.

Coll'unificarsi dei dominii e coll'affermarsi dell'influenza straniera anche in Italia, non solo lo sviluppo di quella dottrina fu anche nella terra che le era stata culla, arrestato, ma in qualche parte essa fu anche costretta ad un regresso. Questo apparisce così nella dottrina (1) come nelle leggi, ma non così però che dovunque la dottrina migliore fosse abbandonata del tutto, e non potesse in parte

(1) Cfr. la dottrina del regolamento internazionale della successione in De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, edit. Venet.,MDCXCVIII, ap. Balleonium, lib. III, pars I, *De jurisdict.*, disc. CIX, pag. 230, 1, § 7: " ... provenit ex defectu potestatis cum ita per accidens voluntas limitata seu non operativa remaneat in aliqua specie personarum, vel in aliqua specie seu quota bonorum, juxta frequenter contingibilem et quotidianum casum legitimae debitae filiis vel parentibus, quod in ejus quota etiam testata successio diversitatem patitur contra vel praeter voluntatem testantis... in quibus ac similibus casibus, quatenus ad rem pertinet, intrabunt eaedem rationes quae habentur d. disc. 9 *de successionibus* super casu successionis intestatae quae diversimode regulanda venit potius ex judicio legis quam ex illo hominis... Et per consequens, cum leges non porrigant earum vires extra proprium territorium, hinc de plano intrant considerationes de quibus *eod. disc.* 9 quod scilicet tot censenda sint patrimonia quot sunt principatus vel respective sunt loca quae diversum habeant succedendi ordinem, adeunt moriens fingatur multiplex homo diversos habens haeredes, diversasque haereditates universales... „; § 10: " ... ob diversam naturam bonorum, diversumque succedendi ordinem resultantem ex diversitate legum et morum tot sunt Mundi et respective tot sunt patrimonia atque tot sunt defuncti quot sunt

resistere e più tardi riottenere il sopravvento dopo scomparse le influenze straniere che avevano importato e le condizioni sociali che avevano sviluppato l'impero prevalente della territorialità delle leggi (1). Sicchè il sistema di diritto internazionale privato che finì col prevalere tanto nella teoria quanto nella pratica del nostro paese, non solo è intrinsecamente preferibile, ma si collega altresì per una discendenza non interrotta alle più remote origini del regolamento e dell'indagine di tali rapporti.

Principatus „; lib. XI, pars II, pag. 31, 2, disc. IX, § 11: " Multo magis ubi agatur de principatibus omnimo diversis ac independentibus... Et consequenter multo magis unus et idem reputatur multiplex homo..... „; § 12: " Ideoque cum fingendae veniant tot diversae haereditates quot sunt patrimonia in diversis territoriis vel Principatibus existentia..... quilibet forus cognoscit de proprio patrimonio „.

(1) V. i Codici italiani anteriori al Regno d'Italia.

CAPITOLO OTTAVO

SVILUPPO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO NEGLI ALTRI STATI D'EUROPA

124. Libertà di emigrazione e di immigrazione. — 125. Varie specie di stranieri e diritti degli stranieri. — 126. Diritto di passaggio e di stabilimento; espulsione. — 127. Ufficii pubblici; beneficenza; oneri. — 128. Regolamento ed abolizione del diritto di naufragio. — 129. Facoltà di commerciare; acquisto di mobili; acquisto di immobili. — 130. Diritto di disporre dei proprii beni; attitudine a succedere. — 131. Diritto di albinaggio in Francia. — 132. Temperamenti legislativi e convenzionali; diritti differenziali degli stranieri. — 133. Protezione giudiziaria. — 134. Rappresaglie. — 135. Cittadinanza originaria. — 136. Naturalizzazione. — 137. Nuovi concetti fondamentali circa il conflitto delle leggi; carattere delle varie legislazioni e maggior impero della territorialità. — 138. Modificazione della dottrina italiana in Francia. — 139. Dottrina del D'Argentré del tutto contraria a quella, e lotta fra le due tendenze. — 140. La dottrina degli statuti nei Paesi Bassi e in Inghilterra. — 141. Esame comparato delle regole sviluppate nei varii paesi; stato e capacità della persona. — 142. Cose; concetto e limiti dello statuto reale. — 143. Contratti; fòro competente e regolamento della capacità. — 144. Regolamento delle forme e della sostanza del contratto. — 145. Matrimonio; capacità; forme; regime patrimoniale convenzionale e legale. — 146. Successione testamentaria; capacità, contenuto e forme. — 147. Successione intestata; unità e pluralità della successione. — 148. Legge straniera; legge penale; territorialità e suoi limiti. — 149. Estradizione, applicazione, misura ed effetti della pena. — 150. Procedura; commissioni rogatorie ed esecuzione delle sentenze. — 151. I due principii e i due indirizzi nello sviluppo del diritto internazionale privato; continuità storica della loro lotta ed unità sistematica dei loro risultati.

124. — Anche nell'età moderna, come in quelle anteriori, alla larghezza delle norme circa la libertà di emigrare e di immigrare e circa il trattamento degli stranieri, non corrisponde quella delle regole di diritto internazionale privato. Paesi dove si faceva una più larga parte all'applicazione del diritto straniero erano più restii nell'ammettere i forestieri nel proprio territorio, e più parchi nell'attribuire loro l'esercizio dei diritti civili, e per converso Stati che lasciavano la maggior libertà di emigrare ai proprii sudditi, e d'immigrare agli stranieri e che a questi concedevano nel territorio la più generosa protezione giuridica, erano i più restii dall'ammettere l'applicazione nell'interno dei proprii confini del diritto straniero. La Francia contribuì massimamente, dopo l'Italia, allo sviluppo del

diritto internazionale privato; la sua dottrina e la sua pratica furono lungamente tutt'altro che poco liberali nell'ammettere una certa misura d'applicazione del diritto straniero; pure essa restò, fino alla rivoluzione, inferiore ad altre nazioni in quanto riguarda la libertà di emigrare e di immigrare, e il riconoscimento dei diritti civili agli stranieri. Ancora nel 1764 un editto promulgato nei ducati di Lorena e di Bar sottoponeva l'emigrazione degli operai al permesso dei loro padroni, in modo del tutto vessatorio, perchè contemporaneamente scioglieva da ogni limite il diritto di questi d'assumere operai forestieri (1). L'emigrazione non era assolutamente proibita. L'emigrare senza permesso dalla Francia era considerato già nel secolo XVII un reato soltanto nel caso che avesse avuto per iscopo di servire in guerra contro il re, mentre se in tempo di pace il francese aveva stabilito altrove il domicilio e la sede della sua fortuna, egli non incorreva per ciò nella perdita di quanto possedeva in Francia, ed anche l'attitudine a succedere gli era tolta soltanto dopochè la sua assenza fosse stata più lunga di dieci anni (2). Così in Germania soltanto le persone che, come i rustici sudditi dei landsassii, erano legate al suolo da vincolo semiservile, non potevano esercitare senza il consenso dei proprii signori arti meccaniche fuori del distretto patrio, e quando avessero contravvenuto a quest'obbligo, i signori avrebbero avuto il diritto di punirli (3). Del pari quelli ch'erano legati al sovrano da obblighi militari o da altri vincoli peculiari non potevano ammettersi ad uscire dal territorio finchè quei vincoli non fossero sciolti (4).

Anche per i sudditi in generale c'era chi dubitava che non potessero, senza permesso del sovrano, uscire dal territorio; ma non mancavano autorevoli opinioni in favore della libertà di emigrare illimitata in quanto una legge non l'avesse in modo generale circo-

(1) *Journal de Jurisprudence*, mai 1764, Bouillon, Imprim. du Journal.

(2) Bacquet, *Traité des droits du domaine de la couronne de France, contenant le droit d'aubaine*, divisé en cinq parties, des personnes des aubains demeurans en France et leur différence. V partie traitant de la condition du françois qui s'est retiré et habitué hors du Royaume, ensemble de sa succession. Chap. XXXVII, § 1-4. Œuvres de Jean Bacquet, Paris, Osmont, MDCLXXXVIII, pag. 742, 3.

(3) Schilter, *De Landsassiis* nella *Praxis juris romani in foro germanico*, tom. I, Francofurti ad Moenum ap. Varrentrapp, 1733, pag. 300, col. 2.

(4) G. A. Struvius, lib. IV, tit. V, ediz. cit., pag. 464, 5, n. *r:* " ..... Interest magistratus ne quis quem peculiarem vinculum ad certum locum adstringit proprio ausu nexum turbet ".

scritta (1), pronunciandosi sempre nel dubbio in favore della libertà (2). Ed Enrico Coccejo, nel commentare Grozio (3), riconosceva in quella libertà di emigrare una facoltà garantita dal diritto naturale, « quia eligere domicilium natura cuique licet » (4).

Certo si dovevano giustificare le misure dirette a prevenire le emigrazioni in massa (5), e si ammetteva, come compenso della tutela fruita, una speciale tassa di emigrazione (6), ma l'opinione prevalente era favorevole alla libertà di emigrare (7), e questa diventava

(1) Schilter, op. cit., vol. I, pag. 42. *Exercitat. ad Pand.*, III, *De Statu hominum*, tit. V, VI, VII, § XXV e Struvius, *Jurisprudentia romano-germanico-forensis subjunctis;* Johan. Gottfried Schaumburgii, *Adnotationes*, etc., Francofurti ad Moenum ap. Varrentrapp, 1760, lib. V, tit. V, pag. 464,5, n. *r*.

(2) *Additiones ad Struvium*, lib. I, tit. VII; *Ad Municipalem et de incolis*, vol. cit., pag. 534, 5, § VII, e Brunemann, *Comment. in Cod.*, lib. IX, tit. XXXVIII, *De municip. et origin.*, pag. 610, c. 2, Lugduni, Huguetan, 1669.

(3) Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. V, *De acquisitione originaria juris in personas*, § XXIV.

(4) Henr. de Cocceji, *Commentarius ad Hug. Grot.*, lib. II, cap. V, § XXIV: ed. Lausannae MDCCLVIII ap. Bousquet, tom. secundus, pag. 334, 5.

(5) Struvius, l. c.: " ... Interest magistratus ne catervatim subditi emigrent ".

(6) G. Beyer, *Dissertationes et opuscula de selectis juris publici et privati argumentis conscripta*. Lipsiae, ap. Haered. Ioh. Grossii, MDCCXXIII. Dissert. I, *De jure avocandi cives et incolas ex territorio alieno*. § 21: " Parti jus non esse a corpore recedere, nisi evidenter se aliter servare non possit . . . Sed neque recte profertur haec ratio, neque recte applicatur. Non dicam quod vulgo notum est, locutiones tropicas non probare sed illustrare.... "; § 34, pag. 22: " De censu emigrationis ... quo fundamento exigatur? ... putant in compensationem damni . . . cui obstat quod suo jure utens neminem ita laesisse dicatur, ut ad reparationem obbligari possit. . . Sed amplius adhuc adstrui potest detrahendi facultas in gratitudinem protectionis, potissimae ampliandi patrimonii occasionis, cujus certa requiritur determinatio, ne ab ingratis ad rem minimam reducatur; dummodo tamen tollerabilis sit, nec magna bonorum parte migrantem exuat. Poterat semper princeps majuscula onera injungere subditis, non modo pro avertendis periculis instantibus, verum et in praesidium contra futura; quidni etiam a discedente aliquid exigere, quod absque jactura notabili erogari et sub novo imperante adepta pinguiori conditione facile recuperari poterit. — *Addit. ad Struv.*, lib. I, tit. VII, § VII, pag. 535 e Henr. de Cocceji, *Comment. ad Grot.*, lib. II, cap. V, § XXVI, Propositio IV, ediz. cit., pag. 335.

(7) G. Beyer, Op. cit., l. c., § 22, pag. 14 ... Imo permissae renunciationis patriae perantiquam et prope universalem consuetudinem esse . . . E, dopo aver accennato a questa corrispondenza del diritto positivo col principio da lui difeso, conclude: " Proinde ita putamus: mores gentium contrarios assertioni nostrae non magis obesse, quam conformes eidem patrocinantur, sed naturam consociationis civilis utramque in decidendo paginam facere " e § 26 pag. 16, 17, e Beyer, *Thematum ex vario jure selectorum centuria*. Exerc. VII, § III. Lipsiae, ap. Haered. Ioh. Grossii, MDCCXXIII,

in certi casi assoluta nel diritto pubblico germanico dopo la pace di Westfalia. Questa riconosceva infatti ad ogni membro immediato dell'impero il diritto di mutare e di riformare la religione nelle sue terre in quanto ciò gli fosse permesso dallo stato di cose dell'anno 1624 e dai patti da lui stipulati coi suoi sudditi. Quanto ai sudditi dei singoli Stati che avessero mutata religione, quel trattato stabiliva che *potessero* ma non che *dovessero* esser tollerati dal principe rispettivo. Perchè dunque tale equilibrio fra le facoltà del principe e la libertà dei sudditi in materia di religione non originasse nuove e rinascenti vessazioni, quel trattato stabiliva che quando il principe non volesse concedere ai sudditi la libertà di coscienza, fosse obbligato a permettere loro d'uscire dallo Stato nel termine di tre anni (1).

Completa, più che altrove, andò affermandosi la libertà di emigrare in Inghilterra. Secondo la *common law* chiunque può uscire dal regno, per qualsiasi motivo, senza bisogno di ottenere il permesso del re. Tale facoltà fu espressamente dichiarata nella magna carta del re Giovanni, quantunque omessa in quella di Enrico III. Il re assume poi eccezionalmente la facoltà di limitarla nei riguardi di tutti per le esigenze della difesa. Nei riguardi poi di coloro che trovavansi in certe condizioni eccezionali rispetto al diritto pubblico era necessario per emigrare il permesso del re; così era dei *Pari* nella loro qualità di consiglieri della corona; dei cavalieri, obbligati a difendere il regno dalle invasioni; degli ecclesiastici, degli arcieri e d'altri artefici per evitare che istruissero gli stranieri nelle loro varie industrie e manifatture. Tale era la condizione del diritto pubblico inglese

pag. 55, 6. " Subditis non modo singulis, sed et multitudini seu coetu, non solum adoptatis sed et originariis jus migrandi et ex territorio principis (cum effectu omnimodae liberationis ab ejus potestate) discedendi, regulariter competit ".

(1) *Traité de paix entre l'Empire et la Suède conclu et signé à Osnabrück le 24 octobre de l'an* 1648, art. V, § 12. Dopo aver proclamato il principio della libertà di coscienza a profitto dei cattolici sudditi di Stati appartenenti alla confessione d'Ausburgo, e dei seguaci della confessione d'Ausburgo sudditi di Stati cattolici, è stipulato a favore di quelli che mutassero più tardi l'una coll'altra confessione, il diritto di emigrare senza perdita nè delle proprietà nè della protezione giudiziaria nel territorio di origine. A profitto di altri sudditi dimoranti in uno dei territorii degli Stati contraenti alla stipulazione della pace, che fossero ascritti allora ad una minoranza religiosa da almeno cinque anni per potersi ritirare dal territorio; ed a favore di quelli che dopo la pace mutassero confessione religiosa, era pattuito un termine di tre anni per potersi ritirare dal territorio, con esenzione da ogni straordinaria vessazione d'indole politica o fiscale.

al tempo di Edoardo III (1). Sotto Riccardo II una legge proibiva a tutti i sudditi di recarsi all'estero senza permesso, fatta eccezione dagli alti personaggi del regno e da veri e notabili commercianti. Ma questa legge fu revocata da un'altra del regno di Giacomo I, sicchè da allora ogni inglese ebbe o, per dire più esattamente, si arrogò, senza contrasto, il diritto d'uscire dal territorio a proprio piacimento. Restavano intatte la facoltà del re d'indirizzare ad un abitante un'intimazione *ne exeat regnum*, e quella di ordinare ai sudditi dimoranti all'estero di ritornare, ponendo loro, fino al ritorno, i beni sotto sequestro. Ma la prima cadde ben presto in dissuetudine come misura indipendente dallo svolgimento d'un procedimento giudiziario di cui sia una garanzia sussidiaria; ed il secondo provvedimento era stato, al tempo di Blackstone, da lungo abbandonato, senza verun indizio che dovesse più tardi risorgere (2).

La libertà di emigrare era dunque nella tradizione del diritto inglese. N'è una riprova la pratica del 1200 secondo la quale, se chi domandava un'investitura aveva nei paesi transmarini un fratello maggiore, del quale si dubitasse se fosse ancora vivente, si concedeva l'investitura al primo sotto la condizione che se ritornava l'altro, a questo dovesse spettare, senz'altro placito, l'investitura (3). Sancendo dunque la libertà d'emigrare, dopo alcune contraddizioni transitorie, il diritto inglese tornava al concetto delle sue origini.

Così era pure della libertà di immigrare. In tempo di guerra poteva concedersi dal re o dai suoi ambasciatori un salvocondotto o passaporto a sudditi del paese nemico; ma in tempo di pace tale concessione individuale non era necessaria, risultando implicitamente dalla magna carta che garantiva la sicurezza dei commercianti forestieri in tutto il territorio del regno. L'offesa degli stranieri nelle persone o nelle proprietà era pertanto un reato di azione pubblica, perchè, ammesso il salvocondotto risultante da una legge fondamentale dello Stato, l'onore del re era particolarmente interessato nel punirne le violazioni (4). Ed anche in tempo di guerra le persone e la libertà degli stranieri erano, fatta eccezione dalla necessità delle rappresaglie,

(1) Sir Edward Coke, 3, *Instit.*, 175; Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, XV edit., London, Straham, 1809, vol. I, pag. 265.

(2) Blackstone, *Commentaries*, vol. I, pag. 264-6.

(3) Henr. de Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Londini ap. Flesher et Young, MDCXL, lib. IV, cap. 16, § 3, pag. 277*v*.

(4) Blackstone, vol. I, pag. 260 e 260*bis* e vol. IV, pag. 67, 8.

rispettate, facendo sì che Montesquieu (1) citasse ad esempio gli Inglesi per aver fatto della protezione dei commercianti stranieri « uno degli articoli della loro libertà ».

Analoga fu, rispetto all'emigrazione, la politica delle provincie unite dei Paesi Bassi. Molte città olandesi infatti punivano soltanto chi avesse abbandonato il territorio per sottrarsi ai pubblici uffici (2). Quanto all'immigrazione poi, quelle provincie attraevano gli stranieri assicurando loro la libertà di coscienza e promettendo loro ogni genere di favori, sicchè quando Grozio affermava esser da barbari il respingere gli stranieri e doversi accogliere i forestieri espulsi dal proprio paese (3), non formulava soltanto un canone di diritto naturale, ma esponeva fedelmente altresì la dottrina e la pratica seguite nella sua patria. L'Olanda infatti, come andava d'accordo coll'Inghilterra nel ripugnare massimamente dall'applicare nel proprio territorio il diritto civile straniero, la imitava fino dai primi tempi della propria indipendenza nel riconoscere a favore dei cittadini la libertà di emigrare e più ancora nell'ammettere l'ospitale accoglimento degli stranieri nel territorio.

125. — Varie quanto le norme relative all'emigrazione dei cittadini ed alla immigrazione degli stranieri, si mantennero nei varii Stati d'Europa quelle relative ai diritti riconosciuti ai forestieri nel territorio. Ma lo stesso significato della parola straniero non era nè identico nè del pari semplice nei varii paesi.

Negli Stati rapidamente unificatisi quel concetto acquistava rapidamente la chiarezza e la semplicità del suo significato politico moderno, distinguendo soltanto gli stranieri, in senso assoluto, che non appartengono politicamente ad alcuno Stato, da quelli in senso relativo, che hanno una patria (4).

Negli Stati complessi invece, dove sopravviveva o l'antico principio della supremazia imperiale romana, o quello medioevale delle

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, lib. XX, cap. XIV, ediz. cit., vol. III, pag. 59.

(2) S. van Leeuwen, *Censura forensis Theoretico-practica, idest juris civilis methodica collatio*, pars I, lib. I, cap. VI. § 7, 8, vol. I, pag. 24, 5, Lugduni Batavorum, ap. Joh. a. Gelder, MDCLXXVIII.

(3) Grot., *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. II, § XV XVI, XVII.

(4) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XV: " Divisio peregrinorum. Sunt igitur peregrini, h. e., non-cives vel *absolute tales*, nullo habito respectu ad aliquam certam civitatem, et hi rectius forte dicuntur *vagabundi*.....: vel *secundum quid* et respectu certae alicuius civitatis ". Schilter, op. cit., tom. I, pag. 106.

graduazioni e dei frazionamenti feudali, la parola straniero da un lato poteva conservare il significato territoriale, non politico, dell'ultimo periodo romano (1), dall'altro conservare e sviluppare quella graduazione di significato già notata (2) nel Medio Evo ed anche nell'età moderna in molti Stati d'Italia. Così la Germania conosceva la triplice graduazione della cittadinanza d'impero, di stato e di comune (3). Dal primo punto di vista erano nazionali « quos una et eadem Imperii Majestas subiectos sibi per omnes Imperii regnive provincias habet » (4) e rispetto a tutti questi erano stranieri gli inglesi, i francesi, gli spagnuoli e tutti gli altri non soggetti all'impero (5), dando così al nome di cittadini un significato non corrispondente del tutto a quello di Stato, perchè sudditi di diversi Stati erano per effetto di quella norma egualmente cittadini dell'impero. Dal secondo punto di vista si aveva la cittadinanza provinciale, comprendente tutti coloro ch'erano soggetti al medesimo signore territoriale. Rispetto a questi erano stranieri tutti coloro che non appartenevano allo stesso territorio quantunque fossero egualmente sudditi dell'impero; sicchè quelli ch'erano concittadini nell'impero restavano reciprocamente stranieri negli Stati rispettivi. Infine un terzo e subordinato concetto di cittadinanza e di estraneità si collegava alla città cui l'individuo apparteneva (6). In questo senso più ristretto giudicavasi forestiero colui « qui ultra undecim milliaria habitabat » (7); restringevasi il criterio regolatore dell'attribuzione dei diritti civili ai limiti della città e del suo circondario, e i cittadini del municipio si distinguevano alla loro volta dai domiciliati o *Schutzbürger* e dai

(1) V. pag. 136 e n. 4 e 5; Brunemann, *Comment. in Cod.*, lib. VI, tit. LIX, pag. 409, col. 2.

(2) V. pag. 273-276.

(3) Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem* curante D. G. E. Oeltze, edit. II, Jenae, ap. Crocker, MDCCXCII, § 127, p. 36.

(4) Schilter, *Exercitatio ad Pand.*, III, *De Statu hominum*, tit. V, VI, VII, § VII, vol. I, pag. 35.

(5) Schilter, *De jure peregrinorum*, § 12, l. c., pag. 105, col. 2: " ... Germanis peregrini sunt omnes exterae nationes Imperio Romano-Germanico non subjectae adeoque ipsi Romanenses hodierni ".

(6) Schilter, l. c.: " Peregrinus: 1. Dicitur ille, qui ex aliis regni finibus ad nos venit et nostro Imperio non est subjectus. 2. Qui licet Imperio Romano-Germanico sit subditus, non tamen ex eadem nobiscum provincia, seu eidem domino territoriali subjectus. 3. Denique qui, cum sit ejusdem provinciae, non tamen ejusdem municipii aut oppidi civis est ": pag. 112, § XXX e pag. 113, § XXXVI.

(7) Schilter, l. c., pag. 116, § XLVII.

forestieri (1). Rispetto alla collettività più o meno ristretta che lo considerava, in senso assoluto o relativo, come straniero, l'individuo diventava, per ciò solo che si trovava nel territorio, un suddito non cittadino (2), e, pur senza diventar tale vi acquistava taluni dei diritti dei cittadini mediante l'incolato, rispetto al quale il diritto germanico aveva adottate le norme del diritto romano (3).

Una certa sudditanza derivava poi in generale, dove agli stranieri non era del tutto vietato di possedere beni immobili, dal possesso di fondi (4). Tale parziale sudditanza non si riferiva soltanto ai diritti reali ed al loro esercizio, ma anche alle stesse persone dei possessori nei limiti del loro rapporto di proprietà con quei beni, e come conseguenza dell'impero della legge territoriale sui beni stessi (5). E tanto più il possedimento di fondi importava sudditanza nel proprietario quando trattavasi di proprietà signorile con annessa giurisdizione. Tale era il caso in Germania del landsassiato, cioè della condizione di chi possedeva con giurisdizione ed era alla sua volta soggetto ad un superiore (6). Da ciò derivava che, per effetto de' suoi possedimenti signorili, uno potesse essere contemporanea-

(1) Hellfeld, Op. cit., § 2142, pag. 837.

(2) Sam. de Cocceji, *Dissertat. proem.*, X ad Grot., cap. I, *Positio*, XIII; Lausaniae, Bousquet, 1759, pag. 275, 6, n. *f.*

(3) Mencken, *Additiones ad Struvium*, lib. I, tit. VII, § V, Francofurti, Varrentrapp, MDCCLX, pag. 534.

(4) Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem* curante D. G. E. Oeltze, edit. II, Jenae, ap. Crocker MDCCXCII, pag. 11, § 44. Subditi... temporarii ... vel incolae vel forenses. *Incolae* dicuntur qui in territorio domicilium habeant constitutum. *Forenses* vero sunt qui in territorio in quo domicilium non habeant bona possident. Subditus incola legibus loci in quo habitat in omnibus paret. Forensis leges tantum quae bona concernunt agnoscere tenetur. *Temporarius*, qui absque animo manendi, in loco quodam ad tempus commoratur, legibus judicatur loci ubi contrahit, delinquit, testamentum condit, vel succedit.

(5) Carpzovius, *Responsa juris electoralia*, Lipsiae, sumpt. Sab. Ritzschiae, MDCLXXXIII, lib. VI, tit. IV, Respons. XLII, § 7, 8 ... fieri haut potest ut non etiam domini rerum quantumvis alibi domicilium suum habentes, saltem per consequentiam statutis illis obstringantur.....; quo intuitu etiam forenses et extraneos..... ratione dominii subditos illius Magistratus, sub quo bona immobilia sunt sita non inepte dixeris.

(6) Schilter, *De Landsassiis*, cap. II, pag. 289 (vol. I): " Landsassus igitur in Imperio Germanico est persona domino territoriali subjecta, quatenus vel castrum, villas et subditos vicissim in illo territorio possidet et actu ibi habitat, vel possidet tantum nec actu jure et facultate ibi residendi utitur: vel sine ejusmodi facultate solummodo fundus et agros atque subditos censiticos inibi possidet: vel brevissime: qui possidet praedium landsassicum, *ein Schrift oder Amtsaessig Gut* ".

mente suddito di più principi (1), che in tutto quanto si riferiva al feudo anche i rapporti ed i diritti puramente personali (2) dovessero regolarsi secondo la legge della situazione dei beni (3), e che da quella proprietà derivasse un vero rapporto di cittadinanza particolare e potenzialmente multipla (4). Da ciò derivava una maggiore complessità di rapporti giuridici e se non sempre uno sviluppo di vere relazioni di diritto internazionale privato, pure frequenti occasioni di abituarsi a distinguerle ed a regolarle.

La parziale partecipazione alla cittadinanza che in tali casi era l'effetto dello stabilimento della persona o della situazione delle sue proprietà, risultava talora da peculiari concessioni del potere sovrano. Così si faceva eccezione alla massima secondo la quale vietavasi « gaudere aliquem privilegiis civitatis nisi sit in numero civium descriptus » (5), e si ammetteva sempre più frequentemente che, indipendentemente dall'acquisto della cittadinanza, si potessero attribuire uno o più diritti civili agli stranieri sottoponendoli in proporzione corrispondente agli oneri (6).

In ciò dovevano essere più generosi cogli stranieri nel senso assoluto e politico della parola, quei paesi che avevano una vita commerciale più operosa ed espansiva. E come in Italia molto più liberale

(1) L. c., pag. 292: " ... omnis possessor praedii landsassici est subditus illius, et homagium praestat illi, qui jus territoriale in praedium illud habet... Quoad subjectionem haec duo involvit: 1. Potestatem domini territorialis in landsassium. 2. Jus landsassii adversus dominum territorialem. Est enim obligatio reciproca inter dominum et subditum " e Henr. de Cocceji, *Comment. ad Hug. Grot.*, lib. I, cap. III, § V, vol. I, pag. 252.

(2) Hellfeld, op. cit., § 519, pag. 169. . . . Minime vero in foro rei sitae institui queunt actiones mere personales, nisi forsan in territorio quodam plenus obtineat Landsassiatus, quippe qui in eo consistit, ut quilibet praediorum possessor pro subdito habeatur; cfr. Mencken, *De vi, superioritat. territ. in territoriis clausis*, § 8, 13 auct. in *Elem. jur. feud.*, § 334.

(3) L. c., cap. II, pag. 289.

(4) L. c., pag. 292, cap. V: " ..... Jus civitatis provincialis est hic ipse effectus landsassiati provincialis... ".

(5) G. A. Enenkelius, *De privilegiis juris civilis*, lib. I, cap. 5, num. 4 e *De privilegiis militum*, lib. I, cap. IV, § 8, pag. 20, 1, Francofurti, e Collegio Musarum Paltheniano, MDCVII; Brunemann, *Comment. in Cod.*, lib. XI, tit. LV, pag. 650, col. 1.

(6) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXXVI, vol. cit., pag. 113: " Forenses igitur cum onera communia non ferant..... vicissim nec commoda sentire debent. Haud infrequens tamen est, ut unum vel alterum jus in civitate peregrino communicetur et vicissim etiam oneribus quibusdam civilibus obligetur ex quo tamen consummatus civis haud fiet, uti animadvertit Joh. Ludovicus Proschius, *De bono cive*, § 13 ".

era Venezia dello Stato di Milano e di quello piemontese (1), così nel nord dell'Europa le provincie unite si dimostrarono molto più liberali della Francia (2), e più liberale di questa nello stesso territorio europeo, e soprattutto nelle proprie colonie, si dimostrò l'Inghilterra. In questa poi, nella Germania ed in tutti gli Stati la cui costituzione politica non era unitaria ma complessa, gli stranieri in senso relativo, cioè pertinenti ad una delle suddivisioni del paese, ottenevano nell'altra la totalità od una parte dei diritti civili più facilmente ed in modo più completo degli stranieri propriamente detti, cioè di quelli soggetti ad altra sovranità. Così per l'atto d'unione del 1707 fu proclamata eguaglianza e comunione di diritti fra i sudditi dei due regni d'Inghilterra e di Scozia, fatta eccezione degli espliciti accordi contrarii; e per l'atto d'unione del 1801 la stessa eguaglianza di diritti fu reciprocamente applicata ai cittadini della Granbrettagna ed a quelli dell'Irlanda. Ragioni d'indole religiosa rispetto a determinate categorie di stranieri, ed esigenze di politica coloniale rispetto ai forestieri d'ogni specie, indussero poi sovente taluni Stati o ad allontanarsi transitoriamente dai rigori usati dagli altri rispetto al trattamento degli stranieri, ed a seguire nei rapporti con questi sistemi diversi nelle diverse parti del territorio. Perciò ad avere un concetto comparativo esatto del trattamento dello straniero in Europa durante l'età moderna fino al nostro secolo, è necessario prendere in esame singolarmente le varie specie e categorie di stranieri e i precipui diritti civili loro attribuiti o negati secondo la legge dei più importanti Stati (3).

126. — Il libero transito degli stranieri per il territorio era affermato da Grozio come un diritto naturale, eccettuando soltanto il caso di quel principe, che volesse attraversare il territorio di un altro, con nemici di questo. Tale passaggio non solo poteva negarsi ma era

(1) V. pag. 291-3.

(2) G. Voet, *Commentaria ad Pandectas*, lib. I, tit. V, *De Statu hominum*, II: " Sed ex quo mercaturae occasione plurimi in hasce regiones coeperunt peregrini confluere, par quoque in plerisque coepit esse peregrinorum et civium conditio... ".

(3) G. Bodino, *I sei libri della repubblica*, trad. da L. Conti. Genova, Bartoli, 1588, lib. I, cap. VI, pag. 50: " . . . se noi volessimo andar dietro alla varietà dei privilegi per cavarne la definitione di cittadino, si trovarebbono migliaja di definitioni di cittadino, per rispetto dell'infinita diversità delle prerogative che i cittadini hanno gli uni sopra gli altri et sopra gli stranieri ancora; et si verrebbe a truovare che in molti luoghi lo straniere è più vero cittadino ch'il suddito naturale... ".

lecito anche prevenirlo entrando nel paese dello straniero per impedirne il cammino (1); ma, tolta questa eccezione, Grozio e la sua scuola consideravano il libero passaggio come un diritto naturale (2). Nè giustificavano l'eccezione fondata sulla moltitudine degli stranieri chiedenti il passaggio; « jus enim meum metu tuo non tollitur » (3). Altri però più conscii delle esigenze della pratica, riconosciute anche dalle legislazioni dei paesi più civili, giustificavano in tal caso una maggior prudenza da parte dello Stato, così da evitare che derivassero conseguenze disastrose per la sua sicurezza o per la sua economia dalla generosità dimostrata verso gli stranieri (4).

Dal diritto di transito derivava come una necessaria conseguenza anche quello di trattenersi un certo tempo nel territorio. Grozio giustificava questa transitoria dimora come una *utilitas innoxia* (5); Enrico Coccejo molto più rettamente la giustificava come un complemento necessario senza il quale lo stesso diritto di transito sarebbe stato troppo spesso praticamente annullato (6).

Lo stabilimento propriamente detto, cioè la costituzione d'un vero domicilio acquistando così i diritti dell'incolato, era sottomesso invece alla condizione d'una autorizzazione espressa o tacita della pubblica autorità. Le condizioni diverse dell'ambiente morale ed economico dei varii paesi rendevano varie di necessità rispetto a tali autorizzazioni le legislazioni di Stato in Stato e facevano differire di epoca in epoca quelle del medesimo Stato. L'Inghilterra, che bandiva gli stranieri nel 1155, stimandoli troppo numerosi, li riammetteva più tardi; nel secolo XIV migliorava gradatamente la loro condizione, e diventava più tardi, nei riguardi della concessione dell'incolato, uno dei più liberali paesi d'Europa. Gli altri paesi lo ammettevano in diversa misura e lo subordinavano a diverse condizioni. Perchè taluno fosse ammesso al domicilio in paese non suo, oltre al fatto dell'abitazione, era in generale necessaria anche l'intenzione di stabilire colà la

(1) Grot., *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. II, § XIII, 4.

(2) Henr. de Cocceji, *Comment. ad Hug. Grot.*, lib. I, cap. III, § V, vol. I, pag. 252, col. 2.

(3) Grot., l. c.

(4) G. Bodino, *I sei libri della Republ.*, traduz. cit., lib. IV, cap. I, pag. 338; Boecler, *Comment. a Grozio*, p. II, 2, 16 e Schilter, *De jure peregrinorum*, cap. L.

(5) Grot., lib. II, cap. II, § XV.

(6) Henr. de Cocceji, *Comment.* cit. ad § XV, vol. cit., pag. 111, 2: " Vera ratio est, quia posito jure transeundi, omnia natura licita sunt sine quibus homo transitum illum commode perficere non potest ".

propria sede. La durata dell'abitazione necessaria era in generale di dieci anni perchè il domicilio si potesse presumere costituito; ma l'elemento principale era l'intenzione dello straniero. Se questa, combinata col fatto della dimora, erasi manifestata, non poteva sorgere dubbio. Se una manifestazione espressa della volontà dello straniero mancava, l'apprezzamento delle circostanze dalle quali potevasi indurre la volontà tacita del forestiero residente, era abbandonata all'arbitrio del giudice, sulla decisione del quale la lunga durata della residenza doveva esercitare di necessità un'influenza notevole ma non assoluta (1).

In molte città della Germania poi, non si attendeva, quando mancasse la dichiarazione dello straniero, un così lungo periodo di tempo. Pure ammettendosi in quelle come doverosa l'ospitalità transitoria verso gli stranieri, ritenevasi dannosa per il paese la lunga dimora di questi, quando nessun vincolo li legasse allo Stato. E pertanto era stabilito un certo tempo, per lo più un anno, oltre il quale lo straniero non potesse continuare a dimorare nel territorio, se non domandava di stabilirvi il proprio domicilio (2), fatta eccezione da coloro che una forza maggiore non ancora cessata, come pestilenza od altra calamità, aveva indotti ad entrare nel territorio ed a fermarvisi (3).

Quando coloro che non potevano addurre simili giustificazioni,

(1) Carpzovius, *Responsa juris electoralia*, Lipsiae, sumpt. Sab. Ritzschiae, MDCLXXXIII, lib. II, tit. II, Resp. XXIII, pag. 236-238. Esamina se: " Castellanus sive Praefectus ex sola commoratione in castro aut praefectura, novum ibi contrahat domicilium „ e conclude per la negativa " nisi aliae concurrant conjecturae, ex quibus domicilium prius relictum demonstretur „ (v. per l'Italia pag. 274, 5, 6, 287). Ma nella trattazione esce dai limiti di questo caso particolare ed in modo generale afferma col diritto romano che " is dicitur transferre alibi suum domicilium, qui in aliquam regionem domicilium suum ita contulit ut perpetuo ibidem manere *velit* „, e conclude (§ 8) che " ex sola conversatione et habitatione in certo aliquo loco, domicilium haud praesumatur contractum nisi voluntas et animus accesserit „; e cita (pag. 227, 8) tre decisioni pronunciate in questo senso dalla magistratura sassone anche a proposito di persone che avevano acquistato beni nel territorio. — W. A. Lauterbach, *Ad Pand.*, Pars Tertia, Edictio Secunda, Tubingae, sumpt. Joh. Georg. Cottae, MDCCXV, lib. L, tit. I, § XI, tom. III, pag. 1363, 4.

(2) Gaill, *Practicae Observationes*, lib. II, obs. XXXV, § 8: " In civitatibus germanicis passim incolatus ex consuetudine vel statuto post annum acquiritur et non patiuntur advenam diutius ibi commorari, si, lapso anno, jura civium redimere nolit „.

(3) Mevius, *Ad Jus Lubecense*, lib. I, t. 2, art. 2, n° 19, 33.

ed avevano d'altronde libera la scelta del mezzo necessario per rimanere legalmente nel territorio, non volevano approfittarne, non poteva più dirsi del tutto ingiusta l'espulsione che li colpiva (1). Nè da questa erano immuni dopo ammessi all'incolato, sia perchè restavano sempre stranieri, sia perchè il diritto pubblico vigente ammetteva pure sotto la forma dell'esilio o come una conseguenza del bando, l'espulsione degli stessi nazionali. Negli Stati complessi come la Germania, l'espulsione poteva estendersi, a seconda dell'autorità da cui emanava, o a tutto lo Stato o ad una delle regioni che lo componevano (2). Certo però, gli stranieri domiciliati soggiacevano in grado minore degli altri all'eventualità dell'espulsione, la quale, fatta eccezione dal caso di rivolgimenti politici, non era per loro che conseguenza di un'altra pena principale. In grado massimo vi soggiacevano quelli ch'erano entrati nel territorio per mendicare, i vagabondi d'ogni maniera e gli zingari (3), rispetto ai quali era uniforme (4) il diritto pubblico europeo. Rispetto poi agli altri stranieri che, senza essere stabiliti nel territorio, vi fruivano temporaneamente dell'ospitalità, ritenevasi bensì in genere inumano l'espellerli senza ragione dal paese dopo averveli ammessi; però il sovrano era esclusivamente arbitro nel giudicare quando dovesse ritenersi giustificata un'eccezione individuale a danno di uno straniero diventato pericoloso.

E le stesse espulsioni collettive ritenevansi in genere giustificate, in alcuni casi, dalle esigenze del pubblico bene. Così se il sovrano del paese cui appartenevano quegli stranieri avesse mosso guerra allo Stato dov'essi erano stabiliti, il principe di questo territorio poteva, per tutelare la propria sicurezza e per procurarsi qualche garanzia, espellere quei forestieri e porne anche i beni sotto sequestro. Lo Schilter (5) cita a tale proposito l'editto del re di Francia del 1666 contro

(1) Gaill, *Practicae Observation. tam ad processum judiciarium praesertim imperialis Camerae, quam causarum decisiones pertinentes*, lib. II, obs. XXXV, Coloniae Agrippinae, ap. Ant. Hierat., MDCXXI, p. 349, § 8: " ... quod summam habet aequitatem propter communia onera civium ".

(2) Struv., *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, lib. I, tit. XIV, *De capitis deminutione*, § IV, pag. 48: " ... Hodie per bannum imperii, irrogatum ab Imperatore Romano, vel Camera Imperiali, propter flagitium patratum, vel contumaciam commissam. Item mediam capitis deminutionem incurrunt nostris moribus, quoad particulares ditiones, qui propter delictum sunt virgis caesi, et certa quadam ditione cum infamia relegati, etc..... ".

(3) Schilter, *De jure peregrinorum*, cap. LIII, vol. cit., pag. 118, col. II.

(4) V. pag. 279.

(5) Schilter, *De jure peregrinorum*, cap. LII, vol. cit., pag. 118, col. I.

gli Inglesi; ma, prescindendo dal sequestro dei beni, le espulsioni collettive per causa di guerra durarono così lungamente, da non potersi dire con sicurezza ancora cadute in dissuetudine. Indipendentemente poi dalla guerra praticavasi talora la espulsione collettiva in caso di carestia, quando una città fosse stata stretta dalla fame. Senza dubbio in questo caso non potevasi invocare alcuna giustificazione morale, ma soltanto una giustificazione di necessità, e pertanto Grozio condannava tale espulsione, dicendo trattarsi di un « commune malum communiter tollerandum » (1). Ma la necessità doveva imporsi talora nella pratica, e Puffendorff (2) ed Enrico Coccejo (3) la giustificavano in certi casi, cercando soltanto di temperarne i modi e le conseguenze.

127. — Gli stranieri ch'erano stati ammessi allo stabilimento nel territorio, erano in parte pareggiati ai cittadini, ma se ne distinguevano d'altronde per ciò che restavano incapaci di pubblici onori e di pubblici ufficii. In Inghilterra una legge del 1343 pose fuori di ogni dubbio la loro esclusione dal godimento di beneficii ecclesiastici, e lo stesso principio, quanto ai pubblici onori in genere, prevalse negli altri paesi dell'Europa settentrionale con qualche eccezione transitoria giustificata dal principio della reciprocità (4). Nell'Europa meridionale, come nel regno di Castiglia ed in Italia, e meno lungamente in Francia, era prevalso per certi ufficii un principio diverso. La diffidenza dei cittadini, che si temeva talora troppo indulgenti e parziali, talora troppo sedotti dalla bramosia di rappresaglie private (5), faceva preferire per certi ufficii supremi di amministrazione pubblica e di giustizia gli stranieri. Ma questa consuetudine, abbandonata nell'età

(1) GROT., lib. II, cap. II, § 19.

(2) PUFFENDORFF, *De jure naturae et gentium*, lib. III, cap. III, § 9 in f.: " Id (opinio Grotii) hactenus admittimus, si adsint media, quantumvis paulo duriora, ad istos simil cum civibus conservandos, sique iidem nobis quondam utiles fuerint aut deinceps esse possint... Verum si peregrinis nulla obligatione teneamur, neque iis statim, ubi nobis sint expulsi, pereundum fuerit; non apparet quare cives in illorum gratiam cum augustiis annonae conflictari debeant ". Francfurti et Lipsiae, ex Offic. Knochiana, MDCCLIX, tom. I, pag. 262.

(3) HENRICUS DE COCCEJI, *Comment. ad Hug. Grotii, De jure b. et p.*, lib. II, cap. II, § XIV, l. c., tom. II, pag. 116: " Imo expelli jure possunt, ut conserventur cives, qui onera publica sustinent "... " Valet hoc Brocardicum (commune malum communiter tolerandum) si omnium par est conditio. Non autem par est conditio civium et peregrinorum ".

(4) S. VAN LEEUWEN, op. cit., pars I, lib. I, cap. VI, § 8, pag. 25.

(5) DEL VECCHIO e CASANOVA, *Le rappresaglie nei comuni medievali e specialmente in Firenze*. Bologna, Zanichelli, 1894, pag. 20-3.

moderna anche fra noi (1), era stata prima e completamente riprovata nel nord dell'Europa e specialmente in Germania, dove si tenne come norma costante doversi i pubblici ufficii riservarsi ai cittadini (2).

Senza dubbio a questa regola poteva negli Stati assoluti far eccezione l'arbitrio del principe, ma anche in tal caso quella dottrina dell'incompatibilità dei forestieri otteneva il sopravvento. Mentre infatti nell'Italia comunale il forestiero, posto a capo di tutta o di parte dell'amministrazione, restava forestiero durante e dopo il termine dell'ufficio suo, in Germania si riteneva indubitato che l'ufficio conferitogli importasse senz'altro come una necessaria conseguenza anche la naturalizzazione (3). I forestieri non domiciliati, come non erano sottoposti agli oneri dello Stato, così restavano privi, tanto delle prerogative politiche, quanto dei vantaggi economici spettanti ai cittadini. D'alcune istituzioni di pubblica beneficenza però erano ammessi per un sentimento di umanità a fruire, come in Italia (4), così anche in altri paesi; e talora istituivansi ospizii per loro peculiare vantaggio, come l'asilo di Stoccarda o quello di Norimberga, sorto per generosità di privati, dove accoglievansi gli stranieri poveri, mantenendoli senza spesa per tre giorni (5).

Agli stranieri non domiciliati che fruivano dell'ospitalità e della protezione dello Stato, imponevasi sovente, come corrispettivo della sicurezza loro assicurata, una tassa speciale che i Tedeschi dicevano *das Schutzgeld*, indicando così col nome il titolo che la giustificava (6). Quando trattavasi poi di stranieri di passaggio riprovavasi giustamente ogni tassa personale levata per solo effetto del loro trovarsi nel territorio. Anche prescindendo dal concetto dell'equità, si pensava che altrimenti gli oneri imposti ai transeunti avrebbero impedito quel

(1) V. pag. 296, 7.

(2) BRUNEMANN, *In Cod.*, lib. I, tit. XXXIX, *De officio praetorum:* "... Sed ratio haec parum, monet et experientia docet, plerumque peregrinos infauste regimini adhibitos: ideoque merito jus civile sequimur, originarios et cives hic et alibi praeferens ".

(3) SCHILTER, *De jure peregrinorum*, cap. XXXVII, vol. cit., pag. 113, col. II: "... Quod si autem honores peregrino deferantur, tunc insimul jus civitatis adipisci videtur, cum sine eo honores aut munera geri haud queant et absurdum foret peregrinum civi praeesse... ".

(4) V. pag. 280, nota 2.

(5) SCHILTER, *De jure peregrinorum*, § XXXVIII, vol. cit., pag. 114, col. 1.

(6) MEVIUS, *Ad Jus Lubecense*, I, t. 2, art. 2, n. 30. — V. pag. 67, circa la tassa dei metéci.

transito che pur ritenevasi guarentito dal diritto delle genti, e si sarebbe instaurato praticamente nel paese un sistema di xenelasia (1).

Ciò riferivasi naturalmente alle imposte personali e non impediva che si levassero dazii sulle merci trasportate dagli stranieri di passaggio. Tali dazii potevano eccedere la misura di quelli che per le stesse merci levavansi dai cittadini, ma quando, com'era frequentissimo nella navigazione fluviale, l'ammontare n'era del tutto sproporzionato col valore delle merci, o col carattere stesso di merci degli effetti che si trasportavano, diventavano praticamente identici alle esagerate imposte personali (2).

Gli stranieri dimoranti nel territorio, ma non domiciliati, non erano in generale nè del tutto esenti da imposte nè del tutto soggetti a quelle gravanti sui cittadini. Era naturale che fossero esenti dalle imposte personali delle quali poteva essere unico corrispettivo lo *Schutzgeld*, ed alle quali invece era giusto che soggiacessero, non meno dei cittadini, i domiciliati come sudditi temporanei. Dovevano pure gli stranieri essere immuni dalle imposizioni patrimoniali straordinarie (3) che, per il loro carattere essenzialmente politico, riguardavano specialmente i cittadini e li gravavano talora in misura quasi insopportabile. I carichi militari, essendo d'indole personale, non gravavano in genere gli stranieri; facevasi però eccezione ogniqualvolta lo esigesse una suprema necessità dello Stato, e quando quei carichi conferissero anche alla sicurezza dei fondi posseduti dagli stranieri (4). Su questi e sui nazionali gravavano poi indistintamente

(1) Henr. de Cocceji, *Comment. ad Hug. Grot.*, lib. I, cap. III, § V, ediz. cit., vol. I, pag. 252, col. 2.

(2) Grot., lib. II, cap. II, § XIV.

(3) Mevius, *Ad Jus Lubecense*, p. 2, t. 3, art. 2, nº 24.

(4) Gaill, op. cit., lib. II, Observatio LII, *De muneribus et jure collectandi*, § 12-15, pag. 388. " . . . Collectae tantum subditis, incolis et municipibus imponi possunt. Ratio quia principaliter personis . . . indicuntur; si igitur personae non sint subditae earum impositio locum habere non potest . . . Unde sequitur hujusmodi munera extraneis et forensibus, similiter clericis, cum sint a jurisdictione laicorum exempti, pro rebus, sive possessionibus in territorio censitorum sitis imponi non posse . . . Quod etiam procedit in collectis, quae imponuntur ad refectionem castri vel pro custodia et securitate loci . . . ; quia talia onera personis propter res imponuntur, et ideo extraneos non obligant; nisi talis securitas, custodia et refectio concerneret quoque utilitatem ipsarum possessionum " ; Observ. LIII, pag. 392, 3, § 8, 9, sull'obbligo degli stranieri di sottostare in genere agli oneri d'indole reale; e contro Mynsinger, *Singulares observationes*, cent. VI, Helmaestadi, ap. L. Brandes, MDXCIV. Cent. V, Observ. XXII, § 2, p. 401, 2;

gli ordinarii carichi reali o patrimoniali in quanto una convenzione internazionale non ne avesse esentato particolarmente in uno Stato i sudditi di un altro (1).

128. — Il diritto di naufragio venne con diversa rapidità, ma con identità di risultato, scomparendo nei paesi del nord non meno di quello ch'era avvenuto nelle regioni meridionali d'Europa. Esso veniva cioè trasformandosi e riducendosi al diritto di occupare come vacanti le cose senza padrone, sia che questo le avesse abbandonate, sia che, perdute durante un infortunio marittimo, nessuno le avesse più reclamate. Si condannava invece la spogliazione dei naufraghi, e più ancora le arti subdole dirette a provocare i naufragi; si accordava ai proprietarii delle cose naufragate un certo periodo per rivendicarle, ed anche alle cose che materialmente erano state gettate dalla nave in mare durante una bufera, si applicava la norma della legge Rodia (2) secondo la quale « res jacta domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicta non habetur ». Questi concetti informavano la scuola groziana, secondo la quale affermavasi negato dal diritto naturale al principe stesso la facoltà di fare una legge che confischi i beni dei naufraghi. Il principe infatti, dicevasi, non può privare altri dei loro diritti se non che per pubblica utilità o per iscopo di pena; nè può dirsi che il naufragare sia azione punibile che interessi alla società la spogliazione dei disgraziati. Che se pure si fosse voluto difendere il diritto di naufragio come pena per l'infrazione dell'eventuale divieto fatto agli stranieri di approdare nello Stato, si rispondeva essere quel divieto contrario al diritto delle

e la conciliazione dei due principii nel Gaill, *Tractatus de manuum injectionibus, impedimentis sive arrestis imperii*, cap. X, § 6, p. 261: " An autem dominus territorii, etiam forensibus ratione bonorum in territorio suo sitorum, aliquid oneris imponere... pro militari subsidio, vel costruendis propugnaculis, aut excitandis aggeribus... et quatenus hoc facere recusent, bona eorum arrestare et impedire possit? Distinguendum est, utrum forensibus hoc oneris imponetur tamquam munus personale; et certum est dominum, hoc de jure facere non posse, quia onera personalia non obligant forenses ratione bonorum... An vero imponetur patrimoniale munus; et tunc... onus sustinere debent ".

(1) Così risultava da un accordo fra la città di Ratisbona ed il duca di Baviera. Per effetto di quello i cittadini di Ratisbona erano esentati nel ducato di Baviera dall'imposta fondiaria; e quanto alle tasse concordate dai tre Stati del principato: clero, nobili e comuni, i Ratisbonesi avevano determinato il loro contributo ad un massimo del sesto del loro reddito annuo. V. Schilter, *De jure peregrinorum*, § XLV, pag. 116.

(2) L. 2, D. *De Lege Rhodia*, XIV, 2, 8.

genti che garantisce la libertà del transito marittimo, ed in ogni caso non potersi punire coloro che sono spinti al lido da forza maggiore (1).

Prima ancora che la coscienza giuridica fosse così unanime nel condannare il diritto di naufragio, molte leggi nordiche lo avevano abrogato; tali quelle danese, svedese, norvegese, e sulla fine del secolo XV quella neerlandese. Alla metà del secolo XVI, dopo altri tentativi, non del tutto riusciti, lo abolivano i duchi di Pomerania nel mar Baltico, che n'era stato per tanto tempo infestato. Carlo V, seguendo il nobile esempio di Federico II (2), lo condannava poi nell'Ordinanza criminale (3), con una disposizione cui il progresso della coscienza pubblica ed il perfezionato ordinamento degli Stati conferivano maggior sicurezza che non a quella dell'imperatore svevo, d'essere universalmente rispettata e definitiva (4). Ritenevasi dunque in Germania che il proprietario non perdesse i proprii diritti sulla cosa rapita dalle onde (5), ma potesse ripeterla da chi la tenesse, sia gratuitamente (6) sia mediante un compenso (7). In Francia tale

(1) Henr. de Cocceji, *Comment. ad Hug. Grot.*, lib. II, cap. VII, § 1 e 2, vol. II, pag. 402.

(2) V. pag. 297-9.

(3) *Ordnung des Peinlichen Gerichts Kaisern Karl des Fünften, ins Gemein genannt die Karolina*, art. CCXVIII: " Von Missbräuchen und bösen unvernünfftigen Gewonheiten, so an etlichen Orth und Enden gehalten werden... "... dasgleichen au vielen Enden der Missbrauch, so ein Schiffmann mit seinem Schiff verfähret, Schiff-brüchig wurde, dass er alsdann der Obrigkeit des Orths mit Schiff, Leib, und Güteren werfallen seyn soll... ". Edit. Zug. Schell, MDCCXLIII, pag. 195, 6.

(4) Duck, *De usu et authoritate juris civilis romanorum in dominiis principum Christianorum*, lib. II, cap. II, § XVIII, pag. 68, v. Londini, apud Rich. Hodgkinsonne MDCLIII.

(5) " Quia in necessitatibus nemo liberalitatem exercere praesumitur " L. *rem legatam*, 18 in fin. Dig. *De adim. vel transf. legat.*

(6) Carpzovius, *Jurisprudentia forensis romano-saxonica*, Lipsiae et Francofurti, ap. Fromann et Meyer MDCXCIV, pars III, constit. XXXI. Definit. XVIII, pag. 1225, § 4-7: " Ex quo fit dominium earum rerum prioris domini permanere ita ut actio furti ei detur contra illum qui eas lucrandi animo occupaverit . . . Ergo quo is, qui ejusmodi res ex aquis extractam invenit et sustulit, a furti suspicione et obligatione se liberet, fecerit tutissime si per preconem, aut libellum, vel publice ex suggesto curet significari, se rem aliquam invenisse, quam sit redditurus ei qui certis jndiciis demonstraverit illam esse suam. Et tum gratis eam restituere debet... Caeterum si non appareat qui rem inventam suam asserat, inventor inops eam retinebit . . ".

(7) Carpzovius, l. c., § 8-10. Jus saxonicum tripliciter a jure communi differt. *Primo* enim statuit inventori certum terminum proponendorum edictorum, sex scilicet septimanas. *Secundo* adveniente licet domino rei

abusiva consuetudine resistette pure lungamente; ma le leggi, prima ancora di toglierlo del tutto (1), erano venute limitandolo, così da salvaguardare i diritti dei naufraghi. Così lo statuto di Normandia accordava bensì (2) ai feudatarii il diritto d'impadronirsi delle cose che il mare gettava sulle spiaggie; e per cose gettate dal mare sulle spiaggie (3) intendevansi quelle che l'acqua getta a terra quando il mare è in burrasca, od almeno che giungono così presso a terra, che un uomo a cavallo le possa toccare colla sua lancia. Il diritto dei feudatarii però limitavasi alla facoltà di impossessarsene ad esclusione d'ogni altro; quanto alla proprietà, questa competeva loro soltanto se nel termine di un anno ed un giorno il proprietario non le avesse reclamate. Che se quelle cose non avessero potuto conservarsi senza deteriorazione, il feudatario poteva bensì farle vendere, ma doveva però conservarne quel tanto che fosse bastato a riconoscerle quando si fosse poi voluto reclamarle, lasciandone intanto il prezzo in deposito a disposizione del proprietario che si fosse presentato nei termini prescritti.

Così il diritto di naufragio era assoluto nel principe soltanto nei riguardi dei terzi come prelazione nella facoltà di acquistare per occupazione le cose abbandonate, mentre anche in confronto di lui erano salvaguardati i diritti del proprietario. In Francia un anno era il termine per rivendicare i beni. Nei Paesi Bassi, anche dopo spirato quel termine, i beni dei naufraghi erano conservati per conto del proprietario, fatta eccezione soltanto a danno di quegli stranieri nel paese dei quali i beni dei naufraghi olandesi erano attribuiti al fisco (4). In Inghilterra col diritto normanno era d'accordo il diritto comune

inventae, eamque suam esse probante, inventori tamen tertiam partem tribuit, *sive dominus extraneus sive forensis fuerit. Tertio*, si dominus non veniat repetiturus rem inventam, Jus Saxonicum rem inventam magistratui defert, ita tamen ut partem tertiam restituat inventori.

(1) *Ordonnance de la marine du mois d'août* 1681, titre IX, Edit. Paris, Osmont, MDCCXV, pag. 374-404 e art. 20 e 21 dell'Editto del 1584.

(2) Pothier, *Trattato del diritto e dominio di proprietà*, vol. I, ediz. ital. di Milano, Sonzogno, 1810.

(3) Art. 583.

(4) Questa massima fu adottata la prima volta nel 1443 nell'occasione del naufragio di una nave anseatica sulla spiaggia di Schewening, decretando che le cose naufragate dovessero per cura della pubblica autorità conservarsi a profitto del vero loro proprietario anche oltre il termine di un anno e un giorno e restituirsi poi trattenendo soltanto l'importo delle spese incontrate per la loro conservazione. V. van Leeuwen, op. cit., pars I, lib. II, cap. III, § 15, pag. 91.

e con questo la legge di Edoardo II (1) che dichiarava le cose naufragate proprietà del re per effetto della regia prerogativa. Il diritto di naufragio venne però modificandosi ed il rigore della legge mitigandosi sempre più in favore dei proprietarii delle cose naufragate. Cose naufragate, secondo l'antica *common law*, erano quelle di una nave perduta in mare quando il carico era stato, del tutto o soltanto in parte, sbattuto sulla costa. Da principio s'era giudicato che tali cose cadessero in proprietà del re, ritenendosi del tutto distrutta quella del legittimo proprietario (2), ed attribuendosi, invece che al re al primo occupante, la proprietà di quelle che fossero state rinvenute in mare lontano dal lido.

Pur tenendo fermo però l'antico principio, il diritto di naufragio si venne in Inghilterra a poco a poco così modificando da finire per trasformarsi del tutto. Secondo l'antico diritto comune un naufragio s'era effettuato ogniqualvolta una nave era stata perduta in mare ed il carico era stato sbattuto sulla costa, nel qual caso tutto quanto era deposto sul lido apparteneva al re. Già un secolo prima che il De Bracton scrivesse il suo libro *Delle leggi d'Inghilterra*, Enrico I aveva ordinato che fossero escluse le conseguenze giuridiche del naufragio ogniqualvolta all'infortunio qualcheduno fosse sopravvissuto, e settant'anni più tardi Enrico II dichiarava che quando dalla nave pericolante un uomo od un animale fosse sfuggito o vi fosse stato trovato vivente, si dovessero riservare tre mesi ai proprietarii per reclamare le cose naufragate. Riccardo I, sedici anni più tardi, non solo confermò tali concessioni, ma aggiunse la facoltà, in caso di morte del

(1) 17 Edv. II, c. 11.

(2) Henricus de Bracton, *De legibus et consuetudinib. Angliae*, Londini ap. Flesher et Young, MDCXL, pag. 120*r*., lib. III, cap. III, § 4 e 5: " ... Et sunt alia quaedam quae in nullius bonis esse dicuntur sicut *wreckum* maris... quae sunt ipsius domini regis propter suum privilegium et eorum quibus ipse rex concesserit talem libertatem aut privilegium, et unde videndum quod dici debeat *wreckum*. Et sciendum quod wreckum dici poterit quasi derelictum, ut si quid (navis levandae causa) a nave projectum fuerit ab aliquo, sive animo retinendi vel repetendi, id proprie dici potest wreckum, cum res projecta habita sit pro derelicta, et si habita sit pro derelicta videri poterit per praesumptiones... Item magis proprie dici poterit wreckum, si navis frangatur et de qua nullus vivus evaserit, et maxime si dominus rerum submersus fuerit, et quicquid inde ad terram venerit erit domini regis, nec aliquis alius aliud a domino regi inde vendicare poterit, vel habere, quamvis prope litus maris praedia possederit, nisi de wrecko habendo speciali gaudeat privilegio. Et quod hujusmodi dici debeant, wreckum verum est, nisi ita sit quod verus dominus aliunde veniens, per certa judicia et signa

proprietario, ai figli ed ai fratelli e sorelle di lui, di rivendicarne la proprietà, a tutti questi eredi posponendo i diritti del re. Al tempo del De Bracton, durante il regno di Enrico III, anche quando nessun essere vivente fosse sfuggito al naufragio, le antiche conseguenze giuridiche di questo erano escluse, se le cose naufragate avessero avuto qualsiasi segno che permettesse di riconoscerle (1). Nel 1275, sotto il successivo regno di Edoardo I, il termine concesso al proprietario per reclamare i beni fu esteso da tre mesi ad un anno ed un giorno, secondo l'uso di Normandia (2), obbligando lo sceriffo della contea alla conservazione dei beni. Così a poco a poco, il caso di naufragio, nel senso giuridico della parola, si fece molto raro, essendo difficilissimo che passi un anno ed un giorno prima che il proprietario delle cose naufragate possa provare il suo diritto. Laddove prima si sanciva largamente la facoltà di predare le cose dei naufraghi, Edoardo III, nel 1354, regolava invece l'obbligo del soccorso e i compensi del salvataggio (3) con norme che furono perfezionate nell'ultimo anno di regno dalla regina Anna, da Giorgio I nel 1718, e da Giorgio II nel 1753. Soltanto lungo le coste del mar Baltico continuò ancora lungamente a praticarsi il diritto di naufragio, ma sul finire del secolo scorso anche quelle regioni avevano finito per uniformarsi ai più giusti ed umani principii del diritto europeo.

129. — Secondo ragione, i diritti dello straniero quanto all'esercizio del commercio ed all'acquisto della proprietà non dovrebbero differire che eccezionalmente da quelli del cittadino, trattandosi di facoltà nelle quali l'individuo esplica la propria attività economica e privata di uomo e non già l'attività politica del cittadino. Ma una

docuerit res esse suas, ut si canis vivos inveniatur et constare possit quod talis sit dominus illius canis, praesumitur ex hoc illum esse dominum illius canis et illarum rerum. Et eodem modo si certa signa apposita fuerint mercibus et aliis rebus. Et ea quae dicta sunt locum habent, si res in littore maris inveniantur et illud idem si prope littus vel longius in mare, dum tamen constare poterit in veritate, quod in littore essent applicandae. Sed quid si in mari longius a littore inveniuntur, ita quod constare non possit ad quam terram vel regionem essent applicandae, tunc quicquid ita inventum fuerit erit inventoris, eo quod in nullius bonis esse dicatur et dicitur a nautis *Lagan* et quod ideo occupanti conceditur, quia non est aliquis qui inde privilegium habere possit, Rex non magis quam privata persona propter incertum rei eventum „.

(1) V. pag. 400, n. 2.
(2) V. pag. 399, n. 3.
(3) Blackstone, vol. I, pag. 290-4, lib. I, cap. 8, § XI.

lunga tradizione (1) aveva abituata la mente a distinguere nel modo più assoluto, anche rispetto all'esercizio dei diritti d'indole privata, i forestieri dai cittadini, sicchè il D'Aguessau, scrivendo nella Francia civilizzata e progredita del 1700, non si peritava di affermare « che lo schiavo o forestiero è escluso per l'una o per l'altra di queste qualità da tutte le funzioni che riguardano il diritto pubblico e privato » (2), ripetendo l'antica assimilazione dello straniero e dello schiavo ed allontanandosi così anche dalla realtà delle più rigorose legislazioni del suo tempo.

Sotto l'influenza di questa tradizione, pure ritenendosi in generale che la facoltà di far commercio fosse guarentita agli stranieri dal diritto naturale, affermavasi ciononostante che per diritto civile quella facoltà dovesse ritenersi vietata, quando non apparisse espressamente o tacitamente concessa. Nell'induzione più o meno facile di tale concessione tacita appariva la maggior propensione degli scrittori e l'indirizzo più o meno favorevole agli stranieri della consuetudine dei varii paesi. Quanto al commercio, a poco a poco il diritto civile dei diversi territorii venne riconoscendo le norme del diritto naturale (3), pure ammettendo che per salvaguardare gli interessi del paese si potesse sia eccezionalmente vietarlo, sia porvi dei limiti anche permettendolo, sia adottare a tale riguardo verso un popolo misure più rigorose di quelle seguite verso gli altri (4). Pur con queste riserve e soprattutto con quella delle rappresaglie (5), le provincie unite si mostrarono molto liberali verso i commercianti stranieri, e così l'Inghilterra. Questa nel 1483 avea vietato loro del tutto il commercio minuto con una disposizione attenuata nel 1663. Più tardi quella disposizione fu annullata nel senso che allo straniero fosse libero l'acquisto della proprietà di merci, di denaro e di altri elementi di ricchezza personale, e che i forestieri potessero negoziare liberamente come i cittadini, pagando soltanto diritti doganali più elevati. Sotto Enrico VIII fu proibito ad artefici stranieri di lavorare per proprio conto nel regno, ma tale legge fu ritenuta virtualmente abrogata da un'altra promul-

(1) V. pag. 248, 307-310.

(2) D'Aguesseau, *Saggio sullo stato delle persone*. Ediz. Venezia, 1792, vol. XII, pag. 205, 7.

(3) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXIV, vol. cit., pag. 109, 110.

(4) Henr. de Cocceji, *Comment. ad Grot.*, lib. II, cap. II, ad § XVIII e XXII, vol. II, pag. 114, 115, 119. Contr. Grot., l. c., § XXII.

(5) L. c., pag. 115.

gata durante il regno di Elisabetta (1). Questo spirito liberale verso il commercio degli stranieri indusse il diritto inglese anche ad assimilarsi, come parte integrante del diritto nazionale, le consuetudini generali relative al commercio, così da incorporare, rispetto a queste, una parte dell'universale *jus gentium* nel particolare suo diritto civile (2).

Non altrettanto liberale è stato fino agli ultimi tempi il diritto inglese circa l'acquisto della proprietà immobiliare da parte dei forestieri. Dal carattere feudale della proprietà derivava l'incompatibilità fra il carattere di straniero e quello di proprietario di fondi. Chi ne acquistava infatti doveva al principe un'obbedienza che durava quanto la proprietà. Nei riguardi d'un proprietario forestiero, sarebbe dunque sôrta certamente collisione fra tale obbedienza al supremo signore del fondo, e l'altra obbedienza dovuta al supremo signore d'origine del proprietario. Perciò la legge inglese non solo riteneva lo straniero incapace all'acquisto di fondi, ma nel caso che un tale acquisto si fosse fatto contrariamente alla legge, provvedeva al passaggio del fondo alienato in proprietà della corona per titolo di *forfeiture* (3). A giustificare tale confisca combinavasi l'incapacità civile dell'acquirente colla sanzione penale che lo colpiva per aver presunto di poter acquistare una proprietà vietata. Solo limite a questa proibizione era la facoltà concessa allo straniero di prendere a pigione una casa per abitarvi, nella quale facoltà, analoga ai temperamenti del diritto attuale rumeno (4), ravvisavasi un'integrazione delle garanzie concesse ai commercianti forestieri.

Analogo rispetto al commercio ed alla proprietà di cose mobili, quantunque un po' meno rigoroso circa quella di immobili, era il diritto prevalente in Germania, dove nel secolo XVII i forestieri erano riputati eguali ai cittadini nel poter dovunque acquistare, possedere, contrattare ed obbligare gli indigeni (5). In molte regioni era proibito ai forestieri l'acquisto di beni immobili, o per lo meno tale

(1) Blackstone, vol. I, pag. 372, lib. I, cap. X.
(2) Blackstone, vol. I, pag. 273, 4, lib. I, cap. VII, § 5.
(3) Blackstone, vol. II, pag. 267 e 274, lib. II, cap. XVIII.
(4) Legge rumena del 13 ottobre 1879 modificante gli art. 7 e 5 della Costituzione del 1866.
(5) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXIV, l. c., pag. 109: " ... in Imperio nostro peregrini, id cum civibus commune habent, quod ubivis legitime sibi acquirere, possidere, contrahere, et cives ipsos se obligare, nec non alienari, libere possint ".

acquisto era subordinato a molte difficili condizioni (1). La proibizione vigeva nel ducato di Würtemberg (2) e nella città di Ratisbona (3), in quest'ultima con maggior rigore del diritto inglese, tanto rispetto alle locazioni di immobili urbani, quanto rispetto alla penalità preveduta contro il venditore (4). Molti erano in Germania gli statuti simili a questi, che non solo allontanavano gli stranieri dalla proprietà fondiaria, ma estendevano a loro danno la stessa incapacità ai diritti ed ai privilegi reali, così da non tener conto, in un concorso di creditori, dell'ipoteca concessa a stranieri, ma da far collocare questi, ad onta della garanzia ottenuta, nell'ultima classe fra i creditori chirografarii. In alcuni paesi si comprendeva sotto la proibizione ogni maniera di alienazione; in altri si eccettuavano la dote, la donazione, la permuta, la transazione non simulata.

In talune provincie la legge dimostravasi rigorosa contro gli stranieri anche nei riguardi del commercio, sia vietandolo loro del tutto, sia limitando la proibizione a certe specie di merci la cui importazione od esportazione volevasi riservata esclusivamente ai cittadini. Ma in tale argomento era frequente il caso che si stipulassero patti internazionali per attenuare in proporzioni notevoli il rigore della legge comune (5).

130. — Quanto alla facoltà di disporre e di ricevere per testamento, non si manifestò fra le leggi europee nei riguardi degli stranieri quella grande diversità che molti scrittori mostrarono di credere esistente, sicchè può dirsi che nell'età moderna la dottrina liberale di Grozio,

(1) Schilter, op. cit., § XXXIV, l. c., pag. 112.

(2) " ... dass niemand an keinen, so nicht unter ihrer Fürstlich. Obrigkeit gesessen, einig liegend Gut zù kauffen gebe... " (l. c.).

(3) *Stadt Regenspurg Wachtgeld. Ord.:* " Es soll kein Bürger oder Bürgerin allhier einig liegend Gut, so in dieser Stadt gelegen, iemands andern, dann der auch ein Bürger allhie, und in allem bürgerlichem mitleiden ist, ohne Vorwissen und Vergünstigung E. E. Raths verkauffen, und ob es darüber geschehen, so solle es doch von Umwürden und Krafflos seyn "; ap. Schilter, l. c., § XLIV, pag. 115.

(4) " ... darzu auch der Verkauffer nach E. E. Raths Erkaentniss gestrafft werden... Sie sollen auch keinem Frembdem einig *logement* verstifften, darinnen bürgerliche Nahrung und Gewerb zù treiben, auch den Kauffleuten und *Factorn* keine Wahren und Güter einzusetzen und auszupacken verstatten, sondern dieselhe derentwegen an den Herrn Hansgrauen oder an E. E. Hausgericht weisen ".

(5) Così fra l'Elettore di Baviera e la città di Ratisbona, l'accordo concedente libertà di commercio ai cittadini di questa nel territorio di quello.

oltrechè riflettere l'opinione personale sua, riproducesse anche la pratica prevalente nel suo tempo (1).

Fino dal regno di Federico II imperatore (2), una costituzione imperiale aveva data facoltà ai peregrini ed agli stranieri di passaggio, di fare dovunque testamento, anche secondo il diritto del luogo dove dimoravano, e di trasmettere, anche quando fossero morti intestati, il proprio ai prossimi parenti. Tale costituzione non era caduta in dissuetudine in Germania, come affermava il Bodino (3), ma v'era come gli opponeva lo Schilter (4) costantemente osservata. Secondo tale legge quando uno straniero fosse morto intestato, l'ospite che lo avesse albergato o l'ospitale dove fosse stato ricoverato, doveva, sotto pena del triplo, consegnarne i beni al vescovo. Questo era obbligato a distribuirli ai prossimi eredi o ad erogarli a favore delle cause pie, secondo il principio che le cose senza padrone debbono spettare ai poveri (5). Quando eredi dello straniero si fossero presentati, la consegna avveniva dopo la compilazione dell'inventario, e la prestazione di cauzioni e di ricevute. Così la pratica s'informava tanto allo spirito della costituzione di Federico II, che aveva prescritto a tal uopo l'intervento del vescovo, quanto alla necessità di evitare le frodi (6).

Il diritto di disporre e di trasmettere era dunque in genere pienamente riconosciuto, eccettuato il caso di rappresaglia (7), ai forestieri, sicchè, anche per i cittadini di origine, dal bando, ma non

(1) Grot., *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. V, § XIV, 2: " Quod vero alicubi externis testamentum facere non conceditur, id non est ex jure gentium, sed ex jure proprio illius civitatis, et, ni fallor, ab illa veniens aetate, qua externi quasi pro hostibus habebantur: itaque apud moratiores populos merito exolevit ".

(2) *Nova Constitutio Friderici Imperatoris de stat. et consuetud. contra libertat. eccles. editis*, § *Omnes Peregrini*.

(3) G. Bodin., *De republ.*, traduz. cit., Lib. I, Cap. 6, pag. 52: " ... in fino a tanto che Federico II Imperatore l'annullò per legge la qual'è molto mal osservata..... ma questa ordinatione è di niuno valore in Italia..... in molte città di Alamagna et per la generale usanza di Bohemia non è lecito al forestière d'haver un palmo di terreno ".

(4) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXII, pag. 108, 9: " Hinc ista Friderici constitutio per universum Imperium nostrum viridem tenet observantiam, secus ac Bodin... quod eum peregrinum in legibus nostris fuisse satis arguit ".

(5) Carpzovius, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, Pars III, Constit. XXXI, Definit. XVIII, § 7: " Dives autem honestius agit illam in manus pauperum aliosve pios usus erogando ".

(6) Brunemann, in Cod., lib. VI, tit. LIX, *Communia de successionibus*, pag. 409 e Schilter, *De jure peregrinorum*, § XLI, pag. 115.

(7) V. pag. 413.

dalla perdita della cittadinanza, derivava la perdita del diritto di far testamento (1). I diritti del fisco facevansi valere non contro gli eredi, ma in mancanza di eredi dello straniero. Quei diritti valevano quindi, non già come facoltà di confisca, ma come occupazione di cose vacanti, ed erano attribuiti sia come una conseguenza della sovranità territoriale, sia più particolarmente come un compenso della giurisdizione criminale che assicurava il tranquillo godimento della proprietà (2). Quest'ultimo concetto prevaleva nel diritto sassone che riteneva non spettare i beni vacanti nè all'imperatore nè al signore territoriale ma al magistrato investito della giurisdizione superiore e criminale (3). Era disputato poi se anche ai municipii competesse tale diritto: ma laddove esso si connetteva colla giurisdizione, come in Sassonia, la risposta affermativa non poteva essere dubbia, almeno quanto ai mobili ed agli immobili di minor conto (4).

Non avveniva dunque una confisca dei beni abbandonati dagli stranieri, nè quelli erano dichiarati vacanti in condizioni diverse da quelle che rendevano tali i beni dei sudditi. Ed anche rispetto agli immobili, quando si fosse fatta un'eccezione legislativa o convenzionale alla capacità di possederli, veniva meno di necessità ogni deviazione dal diritto comune circa la capacità di trasmetterli.

Anche in Inghilterra lo straniero era atto ad acquistare comunque beni mobili ed a disporre per testamento dei suoi beni personali. Non

(1) Hellfeld, op. cit., § 128, pag. 36 e pag. 528, § 1407.
(2) Struvius, lib. II, tit. XXV, § 32, n. *u*, pag. 266.
(3) *Gl. jur. Sax.*, L, R. Lat., l. 1, art. XXVIII A (ap. Schilter, op. cit., vol. III, p. 229).
(4) *Jus Saxon. Provinciale*, lib. I, art. XXVIII: " Was solches Dinges er bloss erstirbt als ein Heergewat, Erb, oder Gerade, das soll man antworten dem Richter oder Fronboten, ob er es heischet nach dem Dreissigten. Das soll dann der Richter behalten Jahr und Tag unverthan, und warten ob sich iemands darzu ziehen wolt mit Recht. Komt da niemands, so kehre es der Richter darnach zu seinem Nutz " e lib. III, art. LXXX: " Erstirbt ein Eigen von einem Bauergelten erbloss, bey drey Hufen oder drunter, es gehört in das Scultheissthum, von dreissig Hufen oder drunter, das gehöret in die Graffschaft, ist es mehr dann dreissig Hufen, so ist es dem Könige ledig... ". *Jus Suevicum*, cap. XLII: " ... fordert es niemand, und ist auff dem Lande, so soll sich sein der Land-Richter unterwinden. Und ist es in einer Stadt, so unterwindet sich sein der Stadtherr oder der Stadt-Richter " e cap. XXVIII: " Erstirbt ein Eigen ohne Erben von einem Gebäu das eine halbe Hufe ist, die ist seines Herrn des er eigen ist, oder seines Gotteshauses des er eigen ist. Und da er mehr eigens laest denn eine halbe Hufe, das soll dem Landrichter werden. Und lest er fahrendes Gut, und hat damit nicht geschafft, das soll werden des Landsherrn ".

così era delle cose immobili. Lo straniero che non poteva legalmente possederle, di necessità non poteva disporne, poichè il possesso che pur ne avesse avuto sarebbe stato, anche prima della sua disposizione, illegittimo, e la cosa avrebbe appartenuto per effetto di *forfeiture* al principe, prima ancora che gli appartenesse per effetto di *escheat*, prodotto dalla mancanza di sangue ereditario nel possessore.

Nello stesso modo poi che lo straniero era inetto ad acquistare per atto fra vivi, non poteva acquistare nemmeno per causa di morte, fosse egli nel grado successibile di fronte ad una successione intestata o fra i chiamati dalla volontà del testatore, in una successione testamentaria. La legge ignorava gli stranieri come eredi possibili di un immobile. In tal caso la cosa, mancando altri eredi indigeni, sarebbe pur pervenuta per *escheat* al principe, il cui diritto primordiale rinasceva intero mancando un legittimo successore della prima investitura. Anche in questo, come in ogni altro caso di *mancanza di sangue ereditario*, il fondo ricadeva nel primitivo proprietario, non per una applicazione rigorosa dei principii feudali, ma per un principio di gelosa politica nazionale: la garanzia cioè della difesa del territorio, affidata a coloro che devono piena ed esclusiva obbedienza alla corona d'Inghilterra. Che se uno straniero otteneva dal re la piccola naturalizzazione (che bastava per abilitare all'acquisto di proprietà immobiliare) e moriva lasciando figli nati prima della naturalizzazione, il diritto comune inglese non li abilitava a succedere negli immobili abbandonati dal genitore. I figli nati dopo la naturalizzazione succedevano invece a preferenza degli altri, perchè il padre, prima della naturalizzazione, non aveva sangue ereditario da comunicare alla prole, ma, una volta naturalizzato, acquistava una qualità ereditaria che poteva trasmettere alla prole sopravvenutagli.

Soltanto se il padre era stato naturalizzato per atto del parlamento, la prole nata prima, poteva succedergli, perchè la legge cancella ogni difetto e può avere, come tale, efficacia retroattiva (1). La dottrina e la giurisprudenza cadevano a tale riguardo in una casistica piena di sottigliezze. Sir Edoardo Coke (2) nel 1628 riteneva che, se uno straniero veniva in Inghilterra e vi aveva due figli, che, essendo nati nel territorio, erano sudditi inglesi, uno di questi non potesse, morendo dopo aver acquistato beni immobili, trasmetterli al proprio fratello. Il

(1) Blackstone, vol. I, pag. 372, lib. I, cap. X e vol. II, pag. 243, 244, 248, 9, 257, lib. II, cap. 15.
(2) *Instit.*, I, 8.

commune vinculum, egli diceva, cioè la causa della loro consanguineità era il padre, e. poichè questo non aveva in sè sangue ereditario non poteva comunicarlo ai figli; e poichè questi non potevano essere eredi di beni immobili del padre, l'uno di loro non poteva ereditare dall'altro, ma ciascuno di loro poteva trasmettere soltanto ai proprii discendenti, ricadendo il fondo, in mancanza di questi, e per causa di *escheat*, al signore del feudo. Ma questa opinione, che rappresentava una sofistica applicazione dello *strictum jus*, fu poi abbandonata, e sul finire del secolo scorso ammettevasi che i figli nati in Inghilterra da uno straniero potessero reciprocamente succedersi nei beni immobili. E, settant'anni dopo che Sir Edoardo Coke aveva pubblicato le sue *Istituzioni*, una legge (1) stabiliva che tutti i sudditi per nascita potessero succedere ai loro ascendenti o collaterali d'ogni grado, quantunque il loro padre, madre, od altro antenato dal quale o col mezzo del quale essi derivavano il proprio titolo alla successione, fosse nato fuori della sudditanza inglese. Ad evitare poi tarde rivendicazioni e liti rinascenti, un'altra legge (2) provvide nel 1752 che un diritto ereditario possa invocarsi soltanto da coloro che sono atti a raccogliere come eredi alla morte dell'ultima persona investita, colla sola eccezione delle terre pervenute alla figlia di uno straniero, delle quali si ammise il passaggio ad un fratello posteriormente nato o la divisione con altre sorelle posteriormente nate in Inghilterra (3).

In Olanda ritenevansi da prima gli stranieri incapaci di far testamento, ed i beni abbandonati da loro devolvevansi al fisco. Ma dopochè le provincie dei Paesi Bassi cominciarono a fiorire per l'affluenza dei forestieri e per l'operosità del commercio internazionale, il rigore tradizionale del diritto romano venne cadendo in dissuetudine, finchè dello stesso diritto vi fruirono, quanto alle successioni, cittadini e stranieri (4).

131. — Diverso intimamente da tali eccezioni legislative era il diritto di albinaggio.

In Germania come in Italia (5) il divieto fatto agli stranieri di possedere immobili era in realtà piuttosto un limite posto alla commerciabilità delle cose che non una diminuzione della capacità delle

(1) 11 e 12 Will. III, c. 6.
(2) 25 Georg. II. c. 39.
(3) Blackstone, vol. II, pag. 249, 250, 251, 254, lib. II, cap. 15.
(4) S. v. Leeuwen, Lib. III, Cap. IV, § 9, Pars I, pag. 178.
(5) V. pag. 303, 304.

persone. Quando da questa eccezione si fosse voluto decampare, nulla dunque si opponeva a che il forestiere ammesso ad acquistare potesse anche trasmettere (1), integrando per tal guisa quella capacità giuridica che pur la legge riconosceva. In Inghilterra dove pure la incapacità degli stranieri era limitata agli immobili, essa rivestiva bensì un carattere personale, ritenendosi mancare in essi il sangue ereditario. Ma tale incapacità era del tutto speciale e relativa ad una sola specie di beni, ed anche rispetto a questi derivava un non indifferente temperamento dalla legge permettendo che un capace succedesse ad altro capace anche in rappresentazione di un incapace.

Ben altrimenti esteso ed offensivo della capacità personale era il diritto di albinaggio. Questo aveva le sue basi in quell'antico diritto franco, secondo il quale il re s'impossessava della successione dello straniero anche quando ne restavano figli, ed annullava pertanto, secondo il suo concetto originario, nello straniero, ogni capacità successoria così attiva come passiva, a favore di un diritto del fisco prevalente su ogni legittimo titolo di parentela (2). Nel diritto di albinaggio prevaleva pertanto il concetto antico dello straniero privo di diritti ed assimilato allo schiavo, concetto che, sospeso nei suoi effetti durante la vita dello straniero, riprendeva tutta la sua efficacia ai danni di lui e dei suoi eredi al momento della sua morte o della morte di coloro cui egli avrebbe dovuto succedere nel territorio. Pochi concetti contrarii alla ragione ed al diritto naturale si mantennero in una legislazione con tanta tenacia quanta ne ha dimostrata il diritto d'albinaggio nella legislazione francese. Proprio da prima nella sua interezza ai paesi francesi, di diritto consuetudinario, divenne poi una norma vigente in tutto il diritto francese, sicchè ancora nella metà del secolo XVII il D'Aguesseau (3) ed il Domat (4)

(1) V. pag. 305, 306.

(2) Bodin., *De Republ.*, traduz. cit., Lib. VI, Cap. 6, pag. 50-3, e Bacquet, *Du droit d'aubaine.*

(3) D'Aguesseau, *Opere*, vol. I, ediz. di Venezia, Curti, 1798, pag. 37 e 47, *Arringa* 32: " ..... Se non ha cancellato il carattere della sua origine che l'aveva fatto nascere forestiere, per grande che sia il favore dei poveri (a favore dei quali il testatore aveva disposto) egli è certo che nulla possono essi sperare dalla disposizione di un uomo, che le più antiche leggi del regno rendono incapace di lasciare eredi o testamentarii o legittimi... "; pag. 48: " ... Non v'è niuno che metta in contingenza che il diritto che ha il re sulla roba del forestiere, non sia stabilito in Francia come anche nei regni vicini, e nella maggior parte delle nazioni ben regolate ".

(4) Domat, *Leges civiles juxta naturalem earum ordinem*, tomus I, lib. prelim., sez. III, pag. 22, n. *b:* " In Galliis extranei, qui appellantur *Aubains*

lo affermavano e lo formulavano non diversamente da quello che avevano fatto gli antichi re franchi, trasformando la speciale incapacità civile romana cui si richiamavano, in un'assoluta incapacità di ricevere e trasmettere per causa di morte.

Quel diritto non rappresentava, come l'*escheat* inglese, una riversione particolare d'una specie di beni al signore territoriale, ma bensì un diritto di occupazione esercitato dal sovrano su tutta la massa dei beni d'ogni specie che uno straniero abbandonava in Francia, o che avrebbero dovuto, per volontà del testatore o per effetto della consanguineità, pervenire ad uno straniero. Il principe in tal caso non poteva dirsi un erede. Questo infatti succede alla persona del defunto e rappresenta una continuazione di questa, rappresentandola in tutti i suoi diritti attivi e passivi, mentre il re ed il feudatario avente l'alta giurisdizione che succedevano in simili casi ai beni del defunto, non succedevano perciò alla di lui persona nè erano investiti della di lui eredità. La persona dello straniero estinguevasi giuridicamente del tutto colla morte e nulla egli lasciava che potesse rappresentarlo. La successione di lui perveniva al principe, ma non come tale nella sua totalità quasi personale, bensì come aggregazione di cose vacanti che cadevano in suo potere perchè nessuno poteva legalmente reclamarle, a quella stessa guisa che le cose abbandonate da un servo, nelle provincie dove ancora esisteva la servitù, cadevano nella proprietà del padrone (1).

L'abitudine e la tradizione inducevano talora gli scrittori francesi ad invocare anche il diritto naturale (2) in difesa d'una confisca che era la maggior negazione della legge naturale. Si negava infatti con quella ad una categoria di persone ogni attitudine a trasmettere le cose proprie ed a succedere a chicchessia, per un motivo che era poi del tutto politico, mirando alla conservazione della ricchezza nel territorio. Quando un caso di albinaggio si verificava, il re conferiva

" alibi nati ", sunt incapaces succedendi et testamento disponendi " e vol. II, lib. I, tit. I, sez. IV, pag. 48: " Extranei qui moriuntur quin civitatem fuerint adepti, nullum possunt habere haeredem neque testamentarium neque ab intestato " e tit. I, sez. II, § 9: " Extranei seu advenae et peregrini sunt incapaces quarumcumque haereditatum seu testamentariorum seu ab intestato ".

(1) Pothier, *Della proprietà*, vol. II, pag. 245-8, parte II, cap. II, sez. VI.

(2) Domat, pars II, *De successionibus*, § 13, vol. II, pag. 15: " Idem autem non solum jure romano fundatur, verum etiam ordine naturali, qui hominum societatem distinguit in diversa Imperia, Regna et Respublicas. Ex hac porro

i beni mediante compenso o gratuitamente ad un suddito di suo gradimento. Quel suddito aveva pertanto la facoltà di esigerne la consegna dai detentori come donatario del re, non già come occupante, perchè l'acquisto a titolo originario erasi compiuto a favore del principe, mentre il privato favorito acquistava tali beni dal principe a titolo derivativo. A titolo originario e per via di occupazione i beni colpiti da albinaggio potevano acquistarsi, da altri che dal re, soltanto nel caso degli stabilimenti coloniali, dove alle Compagnie erano stati concessi dal re non solo i diritti di giustizia, ma anche i diritti utili della sovranità (1).

132. — I rigori del diritto di albinaggio non furono però nè del tutto costanti nè del tutto eguali nei riguardi di tutte le nazioni. Molto prima che la rivoluzione lo facesse scomparire, molti temperamenti legislativi, consuetudinarii e convenzionali erano venuti mitigandolo. Nel 1443 Carlo VII, accordando tre fiere franche a Lione, stabiliva che i negozianti forestieri, a quelle convenuti, trasmettessero, morendovi, la propria successione ai parenti e che i loro testamenti dovessero eseguirsi come se essi fossero morti sudditi francesi. Luigi XI accordava, diciannove anni più tardi, un'altra fiera alla medesima città, e stabiliva pure che il testamento di quei commercianti avesse il suo effetto come se il testatore fosse morto nella sua patria, e che se essi fossero morti intestati i loro eredi potessero raccoglierne la successione secondo il diritto del loro paese, senza che questi eredi fossero tenuti a pagare al re alcuna tassa (2). Non era abolito rispetto a questi mercanti il diritto di albinaggio; rimaneva inalterata la loro incapacità di ricevere da francesi od anche da altri stranieri morti fuori della circoscrizione privilegiata, e rimaneva

distinctione naturaliter consequitur, quod unaquaeque ratio ac ditio legibus sibi propriis determinat quae necessaria sunt in successionibus et in commerciis bonorum: quae omnia pendent a legibus arbitrariis. Item penes nationes omnes distinguitur conditio exterorum a conditione eorum qui in eadem ditione nati sunt. Hinc excluduntur exteri a publicis muneribus, quia non sunt e corpore societatis, et quia munera hujusmodi singularem exigunt fidem et affectionem Principi et legibus; quae omnia in extero minime supponuntur... „.

(1) L. Pauliat, *La politique coloniale sous l'ancien régime*, Paris, Calman Lévy, 1887, pag. 195, 6; Carta della Compagnia del Canadà, art. 16 (1653), pag. 199, 200; Seconda Carta della Compagnia delle isole d'America, art. 6, e pag. 228, 9; Carta della Compagnia delle Indie Occidentali (1664), art. 20, 1, 3, 4, 5.

(2) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*.

pure inalterata la loro incapacità ad acquistare comechessia beni immobili; pure, nei limiti richiesti dalle esigenze del commercio, quella incapacità attiva e passiva era alquanto temperata. Una dichiarazione di Carlo IX del 13 marzo 1567, confermata nel 1599 e nel 1602, esentava dal diritto d'albinaggio tutti gli stranieri che venivano a stabilirsi a Calais, ad eccezione degli Inglesi; il 1474 lo stesso privilegio era stato accordato alla città di Bordeaux, il 1476 a Tolosa, il 1475 a tutta la provincia di Linguadoca.

Un altro temperamento risultava dalla giurisprudenza nei riguardi degli emigrati che non avessero ottenuto lettere di naturalizzazione nel paese del loro domicilio. Secondo il Bacquet (1) prima che siano trascorsi dieci anni di assenza si presume nell'emigrato l'intenzione di ritornare; dopo si presume il contrario; ma anche in questo secondo caso l'emigrato, quantunque privato delle successioni che dovrebbero pervenirgli non perde però le cose di cui era già proprietario, nè l'attitudine a trasmetterle ai suoi parenti ad esclusione del re. Il Bouguier (2) riporta poi una sentenza ancora più equa del 23 dicembre 1605 secondo la quale è stato giudicato che la dimora di quarant'anni in Ispagna non aveva fatto perdere ad un francese il diritto di raccogliere in Francia una successione. Tre anni dopo la revoca dell'editto di Nantes, un editto del dicembre 1689 attribuiva i beni dei fuorusciti per causa di religione ai loro prossimi parenti, assegnando anche a questi il termine di un quinquennio, durante il quale non potessero nè venderli nè ipotecarli. Infine le lettere patenti del 18 gennaio 1787 (3) permettevano, indipendentemente dalla condizione di commerciante o della dimora in un determinato centro commerciale, agli inglesi viaggianti o residenti in Francia, di legare o donare tutti i beni che vi possedevano. Se quell'inglese moriva intestato, i suoi eredi legittimi ne potevano raccogliere la successione anche se volevano trasportarla o trasportarne l'equivalente fuori del regno. Negli inglesi poi era diminuita anche l'incapacità a succedere a francesi, sia *ab intestato* sia per testamento, quanto ai beni che potevano loro appartenere secondo il diritto vigente nel luogo d'apertura della successione.

Il diritto d'albinaggio scompariva poi individualmente del tutto e per ogni specie di beni nei riguardi dello straniero naturalizzato;

(1) Bacquet, *Traité du droit d'Aubaine*, ediz. cit., pag. 740-754, chap. 37, § 1-4 e cap. 38, 39, 40.
(2) Bouguier, l. 5, cap. 5.
(3) Demangeat, op. cit., pag. 155-234.

scompariva collettivamente e in proporzioni variamente determinate, anche nei riguardi dei non naturalizzati, per effetto di convenzioni internazionali. Così un trattato del 1606 abilitava reciprocamente i negozianti inglesi in Francia e francesi in Inghilterra a disporre dei proprii mobili. Tale era pure il valore nei rapporti fra Francia e Paesi Bassi dei trattati di Nimega del 1662 e del 1668, dei quali si contestava frequentemente se estendessero in uno Stato il loro effetto a tutti i sudditi dell'altro o soltanto ai commercianti e se abilitassero un suddito d'uno Stato a succedere ai sudditi di un altro od a proprii concittadini in questo naturalizzati, e se alle successioni cui sarebbe stato chiamato uno straniero che avesse figli regnicoli, il capace potesse pretendere in rappresentanza dell'incapace (1). A queste varietà di interpretazioni non si prestava invece il trattato del 1760 fra la Francia e la Sardegna, che parlava nel modo più esplicito, e senza veruna limitazione di regioni e di classi, della reciproca abolizione del diritto di albinaggio (2).

Quando poi non si fosse fatta in Francia, in via di concessione unilaterale o di reciprocità stipulata, eccezione per i cittadini di uno Stato al diritto d'albinaggio, era naturale che a questo si ricorresse contro i francesi in via di ritorsione, anche in territorii in cui il diritto comune del tutto ignorava il diritto d'albinaggio. Così in Germania, dove questo diritto non era praticato, ma lo si riteneva in completa contraddizione coi più certi comandi della legge divina (3), pure lo si applicava ai danni dei francesi nella stessa misura in cui

(1) *Recueil de factums et Mémoires sur plusieurs questions importantes de droit civil, de coutume et de discipline ecclésiastique*, tome premier, Lyon, Arrisson et Posval, MDCCX, pag. 292, 8, 294, 5, 6, 297, 8, 315, 6, 8, 9, 320, 328, 9, 330, 1, 4, 5. Causa di Adrien de Rie, appellante, contro Guillaume Van-Issandoren, Jean de Giernel et Adrienne Van-Issandoren, sa femme, intimés.

(2) Art. 21: “ Pour cimenter toujours plus l'amour et la correspondance intime que l'on désire de perpétuer entre les sujets des deux cours, le droit d'aubaine et tous autres qui pourraient être contraires à la liberté des successions et des dispositions réciproques, restent désormais supprimés et abolis pour tous les États des deux puissances, y compris les duchés de Lorraine et de Bar „.

(3) Oldendorp, *Juris naturalis isagoge*... ap. Kaltenborn, *Die Vorläufer d. Grot.*, Abtheilung II, pag. 24 – commento al 9° comandamento: “ ...Vetat enim nos concupiscere domum proximi nostri, hoc est ne ulla fraude aut dolo in proximi hereditatem vel fortunas irrepamus, cognatis illius paulatim ad egestatem protrusis: etiamsi quaedam summi juris species nobis opitulari in hoc videatur „, e, dopo il commento del 10° comandamento: “ Et profecto potes vel ex his solis tabulis praeclaram civitatem constituere „. Leipzig, Mayer, 1848.

vigeva nel paese di questi (1). Se si fosse trattato pertanto d'un francese in genere, era il diritto d'albinaggio in tutto il suo rigore che poteva venirgli applicato, quantunque talora la giurisprudenza si dimostrasse più mite nell'applicazione. Se invece quel francese era di Lione, la sua incapacità in Germania limitavasi al solo acquisto ed alla trasmissione di immobili come a questa limitavasi l' incapacità degli stranieri nella città di Lione (2), poichè trattandosi di istituto non praticato in Germania non si eccedevano, nel ricorrervi, i limiti richiesti dalle esigenze della ritorsione (3), anzi piuttosto se ne attenuava l'applicazione.

Indipendentemente poi dall'albinaggio era frequente il prelevamento d'una tassa speciale sui beni che per eredità o per titolo diverso pervenivano agli stranieri. Si giustificava quella tassa colla opportunità di procurare al fisco un risarcimento dei tributi diminuiti.

L'eguaglianza fra cittadini e stranieri che vigeva nella maggior parte dei paesi quanto ai beni mobili, non importava però nemmeno rispetto a questi una perfetta identità di trattamento. Quantunque eguali ai sudditi di fronte al diritto comune praticato nel territorio, era naturale che gli stranieri non potessero pretendervi i privilegi attribuiti dalla legge territoriale ai cittadini quando anche di quelli la legge espressamente non li avesse fatti partecipi. Così, per esempio, era del *jus dotalitii*, ordinato in Sassonia con disposizioni diverse da quelle del diritto comune, ed importante l'usufrutto sul doppio di quello ch'era stato recato in dote. Di esso potevano fruire soltanto i cittadini sassoni. Lo stesso era del *jus Geradæ* e del *jus rerum expeditoriarum*, pure introdotto particolarmente nel fôro sassone. Sicchè se un

(1) Hellfeld, op. cit., § 212, pag. 67. " . . . Exemplo (retorsionis) sit jus detractus, geradae, successionis, prelationis in concursu, aliaque jura. Nam si in civitate quadam eo utuntur jure, ut nostris civibus quaedam denegentur commoda, illius quoque cives pati debent, ut iis denegentur eadem commoda, quae in eorum civitate nostris non concedi solent civibus ".

(2) Schilter, *Exercit. ad Pand.*, VI, *De jurisdictione*, lib. II, tit. I, II, III, § XXVIII, nota; vol. 1, pag. 139, col. 2.

(3) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXII, vol. cit., pag. 108, 9: " Id heic subnotandum: licite Germanos *jure talionis* adversus Gallos hac in causa uti posse, quod Hispanos adversus Turcos, Afros, aliosque ratione servitutis facere scribit Perez *ad t. C. de nudo jure Quir. toll.* Quamquam ex innata nobis erga peregrinos humanitate, quo majores nostri jam Taciti et Caesaris aevo inclaruerunt, et ardentiore Christianae charitatis zelo hactenus eo jure abstinuerimus, imo in camera nondum admitti jus hoc contra Gallos, praejudicio paucis annis abhinc lato pro Gallis contra cives quosdam Wormatienses, testetur Lauterbach, *Disp. de jure in cur. mercat. usit.*, 0, 6, 7. V. anche Brunemann, *in Cod.*, lib. VI, tit. LIX, pag. 409, col. 2.

defunto non avesse lasciato agnati o cognati in Sassonia, la gerada o le *res expeditoriae* non potevano pervenire all'erede straniero, ma il magistrato poteva, sotto certe condizioni e limiti, avocarle a sè come vacanti (1). E per lo stesso motivo i privilegi garantiti ai cittadini dalla legge territoriale circa la successione *ab intestato* non estendevansi agli eredi stranieri. Il diritto sassone, ad esempio, stabiliva, contrariamente al diritto comune, che gli ascendenti nella successione intestata escludessero i collaterali d'ogni grado. Se un sassone moriva senza lasciare nel paese discendenti ma lasciandovi fratelli cittadini sassoni; e lasciando un avo straniero, questo non poteva domandare l'aggiudicazione dell'eredità a preferenza dei fratelli nazionali « ex ea solum ratione, quod commodis juris Saxonici haud fruatur peregrinus » (2). Le quali eccezioni, combinate coi limiti relativi agli immobili, dimostrano che anche dove il diritto positivo ripugnava dagli iniqui rigori dell'albinaggio, pur molto lentamente si avviava all'eguaglianza fra cittadini e stranieri nei rapporti di diritto privato.

133. — Una conseguenza degli altri diritti attribuiti agli stranieri era la facoltà loro riconosciuta di adire i tribunali dello Stato. E tale concessione era necessaria per evitare l'assoluto diniego di giustizia in tutti quei paesi dove ai cittadini riconoscevasi il privilegio di non essere citati davanti a giudici forestieri. In alcuni paesi i giudici anzi, essendo assunti all'ufficio, dovevano promettere con giuramento d'essere imparziali nel rendere giustizia ai forestieri non meno che ai cittadini. In taluni territorii il desiderio di concedere agli stranieri una efficace protezione giudiziaria induceva i governi ad istituire, secondo l'esempio della Grecia antica (3), giudizii straordinarii competenti per le controversie fra indigeni e forestieri, ed obbligati a giudicare entro brevissimi termini, senza che potesse sospendersi l'esecuzione del giudicato, in guisa che il forestiero non stabilito nel territorio non fosse obbligato dal litigio a troppo lunga assenza dal proprio paese.

Ed agli stessi concetti di benevolenza verso gli stranieri e di rispetto della sovranità forestiera, s'ispiravano pure le convenzioni internazionali. Ne è un esempio quella fra le provincie di Utrecht e d'Olanda, conforme agli statuti di Amsterdam ed alle consuetudini di

(1) Schilter, *De jure peregrinorum* § XXXI, op. cit., vol. I, pag. 112.
(2) *Land-R. Sax.*, t. 24 e Schilter, *De jure peregrinorum;* op. cit., § XXXII, vol. I, pag. 112.
(3) V. pag. 90, 1.

Dortrecht (1), secondo la quale due sudditi della stessa provincia non potevano chiamarsi tra loro in giudizio nell'altra, tenendosi obbligati i giudici rispettivi a sollevare d'ufficio in simili casi l'eccezione della propria incompetenza (2). Tale eccezione, come quella che deferiva alla magistratura suprema le controversie dei mercanti stranieri non abitanti nel paese (3) erano in fondo giuste e favorevoli agli stranieri. Sopratutto lo era la prima ogniqualvolta trattavasi, come in questo caso, di due territorii poco estesi e vicini, e quando non si trattava di stranieri domiciliati nel paese. Fuori di questo caso la loro più completa garanzia consisteva nella ammissione ad adire i tribunali dello Stato per tutti i diritti ch'erano loro garantiti dalla legge, come avveniva di regola nelle Provincie Unite (4) e in Inghilterra, dove un forestiere poteva incoare un'azione relativa alla proprietà personale, ch'era appunto la sola di cui la legge lo ritenesse capace (5).

Nè poteva dirsi diminuita, ma anzi, nelle condizioni del tempo, completata questa garanzia dalla cauzione *judicatum solvi*. Questa aveva lo scopo di garantire contro la fuga dell'attore e contro il mancato pagamento delle spese, ed in alcuni paesi vi si faceva eccezione, anche nei rapporti fra indigeni, soltanto quando la legge credeva di ravvisare sufficienti garanzie sia nei rapporti fra le due parti contendenti, sia nella condizione sociale elevata dell'attore (6). Tanto più tale garanzia doveva chiedersi dall'attore straniero e perdurare in confronto di lui anche quando i cittadini ne erano esenti.

Lo straniero poi era frequentemente sottoposto all'obbligo della cauzione, anche quand'era convenuto. Così avveniva secondo molti diritti provinciali tedeschi (7) e talora ritenevasi più opportuno non ammetterlo alla cauzione ma sottoporlo, per maggior sicurezza, all'arresto personale, giudicando questo, come avveniva in Inghilterra, sola

(1) S. van Leeuwen, Op. cit., pars II, lib. I, cap. XV, § 22, pag. 54.

(2) G. Voet, *Comment. ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars II, *De Statutis*, § XVII.

(3) S. van Leeuwen, Op. cit., pars II, lib. I, cap. XIX, § 28, pag. 67.

(4) S. van Leeuwen, Op. cit., pars II, lib. I, cap. XV, § 23, pag. 54.

(5) Blackstone, vol. I, pag. 372, lib. I, cap. X.

(6) Schilter, *Exercitat. ad Pand.*, VII, lib. II, tit. IV-XIII, § XV; *Op.*, vol. I, pag. 149, 150 e *De jure peregrinorum*, § XXXV, pag. 113.

(7) Gudelinus, ad l. 4, I Nov., cap. 5: “ Sciendum est earum cautionum perrarum aut exiguum esse usum, praeterquam adversus debitores peregrinos quos detinuimus „ e l. c., cap. 6: “ ... nos hodie nec ductione nec cautione nec cautionis hujusmodi exactione uti, saltem nisi adversus extraneos debitores „.

garanzia sufficiente quando mancasse proprietà fondiaria confiscabile dal Governo (1). Se un convenuto davanti i giudici inglesi voleva chiamare in garanzia chi non abitasse nella giurisdizione e non vi possedesse beni-fondi, allora doveva distinguersi se il garante invocato dimorasse e possedesse in altra regione soggetta alla corona, od in paese straniero. Nel primo caso sospendevasi il giudizio finchè fosse risolta davanti al fôro competente la questione della garanzia; nel secondo caso non poteva tenersene alcun conto, mancando l'autorità per risolvere o sorvegliare nel fôro competente la decisione della garanzia (2).

All'applicazione delle regole comuni della competenza faceva ostacolo per i cittadini in generale il privilegio di non essere citati davanti giudici diversi da quelli del territorio cui appartenevano. Ma di tale privilegio non partecipavano gli stranieri in confronto della giurisdizione territoriale, ad eccezione di alte individualità politiche; nè gli stranieri dimoranti in un paese potevano, nei riguardi proprii, far eccezione alle citazioni che li chiamavano davanti ad altri giudici. In questi limiti e con queste eccezioni ritenevasi in generale prevalente, per tutte le controversie d'indole personale e mobiliare e per la giurisdizione volontaria (3), il fôro del domi-

(1) De Bracton, lib. V, tract. IV, cap. 6, § 13, pag. 387*r:* " Cum quis ad warrantum vocatus fuerit Christianus vel Judaeus qui terram non tenuerit in feodo quam capi possit in manum Domini Regis, vel per quam distringi possunt, praecipiatur vicecomiti quod habeat corpora eorum prima die. Et de hoc materia inveniri poterit de termine S. Trinitatis anno regis Henrici quarto de Isaac Judaeo de Northwico et de termine S. Hilarii et Paschae circa principium ".

(2) De Bracton, lib. V, tract. IV, *De Warrantia*, cap. 14, § 1 e 2: " ... Si tenens warrantum vocaverit qui sit manens extra Regnum, et nihil habuerit in regno Angliae per quod distringatur, et tunc refert si extra Regnum si Rex habuerit potestatem vel non ad distringendum talem, quod si nullam, sicut in potestate regis Franciae vel Alemanniae, vel hujusmodi, licet auxilium tenenti concedatur, non valebit: sed oportebit tenentem talem producere si voluerit, quia auxilium non habebit, alioquin in defaltam remanebit, debet etiam illos producere sine auxilio curiae, quos habuerit sub potestate sua, quamvis infra regnum manentes sint, et sub Regis coertione, sicut uxorem propriam et liberos proprios et alios quibus possit imperare. Esto etiam quod cum tenens implacitatus fuerit in Anglia, warrantum vocaverit qui manens sit in Hybernia, vel in Wallio sub potestate Regis, et ubi brevia sua currunt et hoc per auxilium curiae. Videtur quod ei dari debet auxilium, et placitum principale in suspenso manere, et sine die, quousque in Hybernia discussum fuerit de placito warrantiae et quod tenens sequatur placitum de warrantia, vel quod per defaltam amittat, et fiat breve domini Regis justiciariis suis in Hybernia in hac forma, etc. ".

(3) Brunemann, *Comment. in Cod.*, lib. VIII, tit. XLIX, pag. 528, col. I,

cilio (1), sostituito, quando del convenuto fosse ignoto ogni domicilio attuale, dal fôro d'origine, dove procedevasi alla citazione per editto (2).

Nelle controversie circa le cose mobili un fôro reale speciale costituivasi col sequestro; nelle controversie circa le cose immobili il fôro competente per le azioni reali era dato dalla situazione della cosa. Quando trattavasi di feudi, anche per i rapporti personali relativi al feudo, era competente il fôro del signore da cui quello dipendeva, sia che il possessore fosse, sia che non fosse domiciliato nel territorio (3). Ed a ciò facevasi un'eccezione soltanto per riguardo alla dignità sovrana della quale fosse stato rivestito nel suo paese il possessore del feudo (4). Nelle azioni che derivavano da contratto era fôro competente quello della celebrazione del contratto, purchè, secondo l'opinione prevalente in Germania, il convenuto vi si trovasse (5). Se trattavasi dell'esecuzione del contratto ritenevasi fôro competente quello del luogo assegnato per l'esecuzione stessa, o, se tale determinazione mancava, del luogo dove il contratto era seguìto.

Ad onta di queste regole potevano sorgere però fra varii paesi non pochi conflitti di competenza, originati dai privilegi di giurisdizione. Secondo alcuni il privilegio di non essere citati davanti a giudici forestieri non poteva invocarsi nel caso dei contratti, perchè da chi li stipulava doveva ritenersi adottato il fôro speciale; ma altri riteneva sussistente il privilegio nazionale della giurisdizione, anche nel caso dei contratti e perfino in quello dei delitti (6), dando origine così a non pochi ed insolubili conflitti di competenza.

Altri conflitti potevano originarsi nei rapporti coll'Inghilterra per effetto della competenza attribuita in materia di contratti e di delitti alla Corte dell'ammiragliato. Questa competenza si estendeva

(1) Carpzovius, *Responsa*, edit. cit., lib. II, tit. II, respons. 15, n. 12, pag. 221, e lib. II, tit. II, resp. 21, nn. 1, 13, 14, pag. 233, 4.

(2) Struvius, op. cit., lib. IV, tit. V, *De foro competente*, pag. 464, 5, n. *q* e Gaill, I, *Obs.* 5, 7.

(3) Carpzov., lib. 6, tit. X, resp. 115, edit. cit., pag. 268-275: " Ratione conjunctae manus seu simultaneae investiturae, ex observantia et consuetudine Curiae Provincialis Lipsiensis, conveniri quis potest coram Domino feudi in quavis actione tam personali quam reali, etiam non feudali nec feudum concernente, licet sub alio Principe, alioque in territorio suum habeat domicilium "; v. contr. §§ 8-12 e decis. favor., pag. 271 e seg.; *Instrum. pacis Westphal.*, art. V, § XXVIII; Beyer, *Jur. German.*, lib. I, cap. XII.

(4) Schilter, *De Landsassiis*, cap. V, Op., vol. I, pag. 292.

(5) Carpzov., *Responsa*, l. 2, t. II, resp. 29 e 30, pag. 246-250.

(6) Schilter, *Exercitat. ad Pand.*, XIII, § XXXII, Op., vol. I, pag. 269, 270.

ai soli fatti verificatisi in mare; ma mancava un concetto esatto ed uniforme del mare territoriale, e dei limiti di sovranità sulle navi mercantili che lo solcavano (1); sicchè poteva avvenire che i magistrati inglesi, rispetto ad atti compiuti in mare, si ritenessero competenti a giudicare di controversie rispetto alle quali li ritenesse del tutto incompetenti la legge degli altri paesi cui appartenevano le parti interessate. La legge inglese non poteva dirsi in ciò ispirata da odio degli stranieri. Che da questo sentimento tale legislazione fosse esente è provato dal fatto che ad un giudizio penale contro di loro, la giuria doveva costituirsi per metà da loro connazionali. Però con quelle disposizioni il legislatore inglese, per quanto involontariamente, conduceva a conflitti di competenza dannosi alla retta applicazione della giustizia.

134. — Più dannoso a tale retta applicazione poteva riuscire l'uso delle rappresaglie se il controllo della suprema autorità dello Stato non lo avesse contenuto entro moderati confini. Ma in tali limiti tendeva a contenerlo la tradizione dei popoli nordici, che affermava così nel bene come nel male la perfetta reciprocità nel trattamento degli stranieri (2). Così, per esempio, se un paese professava la dottrina di Grozio, che limitava il dominio eminente d'un sovrano alle cose dei soli sudditi, ed un altro paese, estendendo quel diritto a tutti coloro che si trovano nel territorio ed a tutte le cose loro, si fosse appropriato cose appartenenti a sudditi del primo Stato, questo non sarebbe stato obbligato a riconoscere in ciò l'esercizio d'un diritto, ma vi avrebbe ravvisato una lesione cui poter rispondere colle rappresaglie. In un caso di questo genere incorse l'Inghilterra quando la regina Elisabetta confiscò il carico aureo di una nave scozzese diretta dalla Spagna al Belgio allegando le necessità dello Stato; ed un caso analogo verificavasi ogniqualvolta in un paese si costringevano le navi mercantili straniere a prestarsi ai trasporti necessarii allo Stato, o gli stranieri stessi a cooperare alle operazioni militari di questo (3); poichè tanto l'uno quanto l'altro giustificava le rappresaglie dello Stato che ritenevasi leso.

Ma appunto perchè trattavasi di un diritto così pericoloso, il conce-

(1) Blackstone, vol. III, pag. 105-7, lib. III, cap. 7, § III.

(2) Stiernhook, *De jure Sueon.*, l. 3, c. 4: " Quam legem exteri nobis posuere, eandem illis ponemus „ ap. Blackstone, vol. I, pag. 260.

(3) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XLVI, pag. 116 e Boecler, *Comment. ad Grot.*, pag. 137 e segg.

derlo competeva di caso in caso nei singoli paesi, non già alle autorità amministrative ordinarie od alle magistrature giudiziarie (1), ma per lo più all'autorità suprema (2) cui competeva il diritto di sovranità (3). Perciò sorgeva il dubbio se negli Stati complessi competesse la facoltà di concedere le rappresaglie soltanto alla suprema autorità sovrana, od anche alle sovranità dei singoli Stati subordinati, ciascuna nei limiti del rispettivo territorio. Molti la negavano perchè ne facevano una dipendenza del diritto di muover guerra (4); altri lo affermava facendone una dipendenza del diritto di rendere giustizia (5). Ed a quest'ultima soluzione, sopratutto interpretando largamente la dipendenza dei molti Stati dall'autorità imperiale, corrispondeva la pratica del diritto europeo, d'un lato riconoscendolo anche agli Stati che avevano un superiore ma erano indipendenti nell'amministrazione della giustizia (6), dall'altro stipulando un numero sempre maggiore di convenzioni colle quali le parti contraenti si obbligavano a non ricorrere mai alla rappresaglia prima di aver esperimentato inutilmente il regolare procedimento giudiziario (7).

L'autorità competente la concedeva soprattutto per negata giutizia. Riconoscevasi infatti non esser lecito far soffrire il cittadino d'uno Stato per ciò solo che un suo concittadino non aveva soddisfatto i proprii impegni. Quando invece l'autorità del paese cui il debitore apparteneva, quantunque debitamente richiesta, si era rifiu-

(1) Del Vecchio e Casanova, *Le rappresaglie nei comuni medievali e specialmente in Firenze*. Bologna, Zanichelli 1894, pag. 18-23.

(2) " . . . Quare et illud inter majora regalia relatum est, quod princeps soli sibi vindicat „, S. van Leeuwen, op. cit., pars II, lib. I, cap. XI, § 17-22, pag. 34, 5.

(3) G. Voet, *Comment. ad Pandectas*, lib. V, tit. I, § XXXI, pag. 708: " ... judices ordinarios non posse cuiquam petenti indulgere hoc repressaliorum jus, sed solum illum, qui majestate praeditus est, et belli pacisque jure gaudet, cum ad modum belli justi hoc jus concedatur, et speciem belli praeseferat, aut praeludium certe belli imminentis sit „.

(4) Carpzov., *Definit. forens.*, pars IV, constit. 21, defin. 4.

(5) Questo concetto risulta dall'antica formola usata nel 1166 da Federico Barbarossa contro i sudditi francesi: " . . . Ratio suggerit . . . ut quemadmodum regimini vestri negociatores per Romanum Imperium pace et securitate fruuntur, ita vestra vice nostri nullatenus sub vestra jurisdictione laedantur . . . Petimus ut homines et res detentas reddi faciatis; alioquin si damna ejusmodi per vestros negociatores non fuerint resarcita, aut si novum telonium ad damnum resarciendum super vestros mercatores fuerit constitutum, vestra discretio non gravetur „.

(6) S. van Leeuwen, op. cit., pars II, lib. I, cap. XI, n. 22, 3.

(7) S. van Leeuwen, op. cit., pars II, lib. I, cap. XI, nn. 26-30, pag. 36, 7.

tata d'indurlo a soddisfare i proprii impegni, il creditore frustrato poteva accampare il titolo di negata giustizia. Questa essendo offesa non più imputabile al debitore, ma allo stesso Stato straniero, giustificava da parte dello Stato cui il creditore apparteneva, il ricorso alle rappresaglie anche contro altri sudditi dello Stato colpevole (1). Che se in uno dei due paesi fosse stato in vigore il sistema di non ammettere del tutto o per certe specie di controversie i sudditi di un altro paese ad adire i magistrati, per ciò solo dai magistrati di questo erano tenuti lontani i sudditi del primo, seguendosi una giurisprudenza che aveva tutta la costanza ed il valore di una legge di ritorsione (2). Così se la legge di un paese conteneva disposizioni favorevoli all'attore, poteva negarsi il vantaggio di quelle disposizioni all'attore straniero nel cui territorio seguivasi in tale argomento il diritto comune, e concedersi il privilegio soltanto a quello straniero che avesse provato essere in vigore quelle disposizioni particolari anche nel suo paese. Ma se l'attore era cittadino, l'equità vietava che si vietasse al convenuto straniero per le azioni riconvenzionali, e per ogni altro rispetto, di approfittare dei vantaggi di diritto e di procedura di cui godeva l'altra parte. Se poi il diritto particolare vigente nel paese era tale in opposizione col diritto civile comune, ma non era particolare per ciò che rappresentava, come la legge mercatoria, una serie di norme costantemente ed universalmente osservate, riconoscevasi da molti come sommamente equo ed utile non negarne il vantaggio ai cittadini d'un determinato paese per motivo di ritorsione (3). Questa poi poteva esercitarsi a danno di uno straniero quando nel paese di lui esistesse una legge che negasse ai forestieri un vantaggio garantito ai cittadini. Non occorreva nè che quella disposizione svantaggiosa fosse dal legislatore diretta contro i cittadini del paese dove

(1) G. Voet, l. c., § XXIX e XXX, pag. 706-8.

(2) De Bracton, lib. V, *De exceptionibus*, pag. 427 *v*, § 1: “ ... si quis alienigena qui fuerit ad fidem Regis Franciae et actionem instituat versus aliquem qui fuerit ad fidem Regis Angliae, tali non respondeatur, saltem donec terrae fuerint communes, nec etiam sive rex ei concesserit placitare, quia sicut Anglicus non auditur in placitando aliquem de terris et tenementis in Francia, ita nec debet Francigena et alienigena qui fuerit ad fidem regis Franciae, audiri placitando in Anglia. Sed tamen sunt aliqui Francigenae in Francia, qui sunt ad fidem utriusque, et semper fuerunt ante Normanniam deperditam et post et qui placitant hic et ibi ea ratione qua sunt ad fidem utriusque... „.

(3) Struv., *De vindicta privata*, c. XI, 32, 3 e Silbernagel nello Schilter, *Exercitat. ad Pandectas*, VI; *De jurisdictione*, lib. II, tit. I, II, III e Schilter, l. c., vol. I, pag. 139, 140.

il suddito del legislatore in quel momento si trovava, nè che contro di quelli fosse stata effettivamente applicata. Nè occorreva, da parte di chi invocava contro uno straniero la ritorsione, la prova dell'avvenuta applicazione della legge straniera contro la quale la ritorsione era invocata (1).

135. — L'esistenza d'una così varia graduazione di diritti rendeva sommamente importante il determinare chi dovesse ritenersi cittadino e chi considerarsi come straniero. Nè tale soluzione era semplice e facile dovunque, nemmeno per quanto si riferiva alla cittadinanza d'origine. Poichè dove prevalevano il diritto e le tradizioni romane la cittadinanza di origine attribuivasi all'individuo secondo l'origine della famiglia da cui usciva (2), sicchè non fosse peregrino il figlio nato all'estero da genitori cittadini, e fosse peregrino il figlio nato nel territorio da genitori stranieri (3), ritenendosi per origine non già il luogo dove taluno ha veduto la luce, ma bensì quello dove il padre di lui è cittadino e dove, se la madre non fosse emigrata, avrebbe dovuto nascere.

Tale principio prevaleva nel giudicare della cittadinanza d'origine in Italia ed in Germania. In Francia invece (4) facevasi dipendere la cittadinanza d'origine dal territorio dove l'individuo era nato, sicchè, nato all'estero da francesi che vi dimoravano, era ritenuto straniero in Francia finchè non avesse ottenuto dal re lettere di naturalità (5).

Più rigorosamente ancora applicavasi tale principio in Inghilterra. La cittadinanza inglese, una volta pertinente per origine ad un individuo, si riteneva, fino agli ultimi tempi, incancellabile, giudicandosi esistere una implicita ed originale *allegiance*, dovuta da ogni suddito al proprio sovrano indipendentemente da ogni individuale ed espressa promessa, e quantunque il suddito non avesse mai prestato un giuramento di fedeltà (6). Ma il fatto primordiale da cui tale obbligazione originaria derivava era la nascita nel ter-

(1) Hellfeld, op. cit., §§ 213-216, pag. 68.
(2) V. pag. 225-7, 282-3.
(3) W. A. Lauterbach, *Ad Pandect.*, pars III, Tubingae, sumpt. Job. Georgii Cottae, MDCCXIV, MDCCXV, lib. I, tit. V, § XIX, tom. I, pag. 105, 6; e lib. L, tit. I, §§ III, IV, XI, tom. III, pag. 1363.
(4) Bacquet, l. c., chap. 12, n° 3 e Loisel, *Institutes coutumières*, livre I, XLIX, § 67, n^a, pag. 102, vol. I, Edit. Dupin et Laboulaye, Paris, Durand, 1846.
(5) D'Aguesseau, *Arringhe*, vol. VI, arringa XXXII, pag. 36-50.
(6) Blackstone, lib. I, cap. 10, vol. I, pag. 369.

ritorio indipendentemente dalla nazionalità dei genitori. *Natural born subjects* erano, senza limiti, tutti i nati nei dominii del re d'Inghilterra; e stranieri erano tutti i nati al di là dei confini di quel territorio. La sudditanza di tutti i nati nel territorio importava, immediatamente dopo la loro nascita e con perpetuità di effetti, una *natural allegiance* che durava, quantunque il nato in Inghilterra passasse poi in Francia od in Cina, e vi dimorasse anche vent'anni; soltanto un atto legislativo poteva distruggere o modificare tale vincolo del suddito per nascita. In tale condizione si trovavano, in generale, tutti i figli nati da stranieri in Inghilterra, e per applicazione del medesimo principio il diritto comune inglese proclamava stranieri i figli nati da inglesi all'estero, colla sola eccezione dei figli degli agenti diplomatici inglesi. Dopo la ristorazione però una legge speciale naturalizzò i figli nati da inglesi all'estero durante la repubblica e il protettorato, ed una serie di statuti decise la conservazione della nazionalità inglese ai figli nati da commercianti inglesi all'estero. Sicchè alla fine del secolo scorso il diritto inglese, continuando ad applicare l'antico principio quanto ai figli nati da stranieri nel territorio, aveva già fatta una larga parte al principio della nazionalità della famiglia quanto ai figli nati da inglesi all'estero, i quali però non potevano trasmettere la nazionalità alla seconda generazione, se non nel caso che questa ritornasse a dimorare in Inghilterra (1).

Da ciò poteva sorgere frequente il conflitto fra il diritto inglese e quelli di Stati che informassero la legislazione a principii identici ai suoi. Il figlio nato da un inglese in Francia poteva ritenervisi francese per applicazione degli stessi principii che facevano ritenere inglese il figlio nato da francesi in Inghilterra; mentre per effetto di temperamenti adottati dalla legge inglese egli avrebbe conservata in Inghilterra la nazionalità originaria della famiglia e si trovava pertanto con una doppia nazionalità.

Lo stesso poteva, indipendentemente dalla nazionalità di origine, verificarsi in certo grado anche per effetto dei vincoli feudali. Questi potevano far sì che una famiglia fosse durante molte generazioni suddita di due sovrani e pertanto originariamente investita di due nazionalità (2), com'era il caso dei feudatarii comuni alla

(1) Blackstone, lib. I, cap. 10, vol. I, pag. 366, 8, 9, 369-371 e 373.
(2) De Bracton, lib. V, tract. IV, cap. 24, § 1, pag. 427 *v* e cap. 25, § 3, pag. 428 *v*.

Francia ed all'Inghilterra, e dei *Landsassii* di Germania (1). Questi ultimi trovavansi verso il signore del territorio, dove possedevano con giurisdizione, in una dipendenza di parziale sudditanza. E questa non era limitata soltanto ai rapporti meramente reali relativi al fondo posseduto, secondo la regola: « qui habet jurisdictionem in rem, quam quis acquisivit, is fecit sibi eo ipso hunc landsassium suum ». Per tal guisa quel possessore con giurisdizione trovavasi, verso il signore del territorio dove il suo possedimento era situato, in soggezione più comprensiva di quella feudale, e che importava, nei limiti di giurisdizione relativa a quel feudo, un vero per quanto parziale vincolo di sudditanza (2). Se infatti il signore del territorio esercitava sui landsassii una piena giurisdizione, tanto personale quanto reale, può ben dirsi che il possesso di un fondo landsassico rendesse il possessore suddito del signore del territorio dove il fondo era situato, e che ne risultasse un diritto di cittadinanza provinciale, importante per il possessore in molti casi la concomitanza di due sudditanze eventualmente in conflitto fra loro.

136. — La perdita della cittadinanza poteva pure prestarsi a frequenti conflitti, sia nel caso che vi corrispondesse, sia in quello che non vi corrispondesse l'acquisto di un'altra nazionalità. Il bando privava il cittadino delle garanzie della sudditanza e lo rendeva straniero in senso assoluto, producendo in lui rispetto al paese d'origine una completa assenza di sudditanza (3). Soltanto se lo Stato che lo bandiva era compreso subordinatamente in uno Stato maggiore, dal bando derivava la perdita della nazionalità provinciale e non già di quella dello Stato supremo (4). Per tal guisa si aveva un atto unilaterale dello Stato che rendendo un cittadino del tutto privo di nazio-

(1) V. pag. 388, 9.

(2) Schilter, *De Landsassiis*, cap. III e IV, vol. I, pag. 291.

(3) Puffendorf, *De jure naturae et gentium*, lib. VIII, cap. XI, § VII, Francofurti et Lipsiae, ex Offic. Knochiana, pag. 203.

(4) Carpzovius, *Disputationes historico-politico-juridicae*. Lipsiae, ap. Frid. Gleditsch MDCCX. *De jure feudali*, disputatio VII. *De jure quod ex feudo competit vasallo*, quaest. II. Num fas sit statibus imperii contra reos fractae pacis jus banni exercere, pag. 327, 8, § 1-4. Quaest. 130, 16 *a*; Lauterbach, op. cit., lib. XXVIII, tit. I, § XXX, tom. secundus, pag. 783, 4. " . . . Banniti . . . pro hostibus imperii habentur, donec bannitus ab illo ipso judice qui sententiam banni tulit, absolvatur . . . Hoc tamen secus est in bannitis ab electore, principe, vel alio statu imperii, qui tantum perdunt jura illius provinciae statutaria, quia tale bannum provinciale extra bannientis territorium nullum habet effectum ".

nalità lo privava così di ogni protezione politica. Se trattavasi invece della relegazione in una località del territorio, il relegato ne subiva una diminuzione nelle sue prerogative civiche (1), ma non perdeva per questo, secondo il principio di diritto romano (2), la qualifica di cittadino (3). Se invece la cittadinanza era perduta per atto unilaterale del cittadino che volesse rinunciarvi senza che vi cooperasse lo Stato dalla cui sudditanza egli voleva sciogliersi, poteva verificarsi il conflitto di doppia nazionalità, aggiungendosi alla originaria quella che l'emigrato avesse acquistata in altro Stato. Che se questa dall'emigrato non si acquistava, ma lo Stato da lui abbandonato lo privava della nazionalità dopo un determinato periodo di assenza, allora si ricadeva, fatta eccezione dal carattere di penalità, nello stesso caso di assenza d'ogni sudditanza che derivava dal bando.

La scuola del diritto naturale riconosceva a ciascuno il diritto di emigrare, ritenendo diritto naturale quello di mutare il proprio domicilio (4), ed ammettendo soltanto nello Stato il diritto di chiedere una tassa agli emigranti come indennità del danno che la loro emigrazione recava allo Stato.

Si riteneva così che il trasporto del domicilio senza proposito di ritorno, fuori del paese d'origine, bastasse a far perdere la cittadinanza originaria (5). Ma non dovunque si ammetteva questa libertà nell'individuo di rinunciare alla cittadinanza; in alcuni luoghi nel dubbio si riteneva che la legge lo proibisse; in altri la legge lo proibiva espressamente (6); in altri la sudditanza si riteneva, come in Inghilterra, non cancellabile dall'emigrazione, ritenendo potenzialmente colpevole l'emigrato per tutti gli atti che posteriormente potesse compiere come suddito di un altro paese.

Fra le leggi dunque che privavano un cittadino della sudditanza in via di pena, quelle che facevano dipendere la sua espatriazione

(1) *Institutionem Imperialium Praxis Moderna*, Frankfurt und Leipzig, ap. Frid. Hoffmannum, 1698, Von Rechts Sprüchen, Erstes Buch, cap. LX, pag. 123-6.

(2) L. 4, D. L., *Relegatorum*, 7 in fine.

(3) M. Wesembecius, in *Pand. Juris civilis Comm.*, Basileae ap. Johann. Gymnic., MDCIV, in Dig., lib. XLVIII, *De interdictis et relegatis et deportatis*, tit. XXII, pag. 987, § 1-4.

(4) Puffendorff, Op. cit., lib. VIII, cap. XI, § IV, pag. 200, 1.

(5) Loisel, l. c., XLIX, § 67, pag. 99: "... Aubains sont étrangers, qui sont venus s'habituer en ce royaume, ou qui en étant natifs, s'en sont volontairement étrangés... ".

(6) Mev., *Ad Jus Lubec.*, l. 1, t. 3, art. 2, n° 70.

da una prolungata assenza e quelle che mantenevano, come il diritto inglese, la nazionalità d'origine ad onta della naturalizzazione ottenuta in altro Stato, v'era abbastanza diversità perchè fosse frequente così il caso di persone private d'ogni sudditanza e protezione di Stato, come quello di persone reclamate contemporaneamente da più Stati come sudditi. Così poteva avvenire, per esempio, nei rapporti fra la Francia e l'Inghilterra; e fra queste e alcuni paesi della Germania.

Più ancora che nell'antichità, dove pur anche le società più chiuse e gelose la ammisero in diversa misura (1), tutte le società moderne ammisero la possibilità della naturalizzazione, facendo dipendere tutti i maggiori vantaggi della convivenza sociale dalla cittadinanza, ma ammettendo che l'uomo sia « membrum societatis cujusdam cui se vel sponte vel instituto humano addicit » (2).

Il conferimento della cittadinanza ritenevasi dovunque una prerogativa della suprema autorità. Se trattavasi della sudditanza propriamente detta in uno Stato, era al capo dello Stato che ne spettava il conferimento in tutti i paesi dove i poteri di quello erano assoluti. Così in Francia era con lettere regie, dette lettere di naturalità, che veniva conferita la naturalizzazione. Dove invece i poteri del principe erano limitati, come in Inghilterra, il re aveva l'arbitrio esclusivo di conferire allo straniero la *denization* che importava una parte dei privilegi della cittadinanza, mentre per conferirgli la cittadinanza completa o *naturalisation* era necessario che le Camere cooperassero col sovrano in un atto del Parlamento che, a partire dal regno di Guglielmo III lasciava il naturalizzato incapace di sedere nel consiglio privato e nel Parlamento (3). Nelle città indipendenti per la cittadinanza di Stato e in quelle subordinate per la sudditanza locale, la competenza a conferire la naturalizzazione spettava al Senato della città stessa (4).

Alcune categorie di persone, secondo la tradizione del codice giustinianeo, erano escluse dall'aspirare alla cittadinanza. Così gli eretici, gli ebrei e gl'infami. In alcuni paesi non accettavansi i ban-

(1) V. pag. 18, 9, 38-40, 78-87.

(2) JOANNES NIC. HERTIUS, *Dissert. de uno homine plures sustinente personas.* Commentationum atque opusculorum, voluminis primi, tomus tertius, Francofurti ad M., ap. Hort, MDCCXXXVII, pag. 27-44.

(3) BLACKSTONE, lib. I, cap. 10, ediz. cit., pag. 374.

(4) STRUVIUS, op. cit., edit. cit., *Addit.*, pag. 534, § IV (Er L. Gebr. de A., 1609, tit. *in Fust. Sachen,* § *Ebenermessen*) e ENENKELIUS, *De privil. juris civilis,* lib. 3, cap. 6 e segg.

diti di un altro Stato; ed in altri respingevansi i sudditi d'altri paesi, evitando così il caso d'una doppia cittadinanza (1). Alcune leggi vietavano pure l'ammissione d'uomini d'incerta origine, degli usurai e dei lenoni. L'esclusione degli eretici, pur restando comune a tutte, assunse dopo la Riforma un carattere diverso, secondo la diversità della fede ritenuta ortodossa nel territorio. Nei rapporti poi fra diverse città dello stesso Stato era normale la regola, non ancora penetrata nei rapporti fra Stati del tutto indipendenti, che non si dovesse concedere la naturalizzazione in *fraudem legis* della città abbandonata da chi voleva essere naturalizzato (2).

Se per queste varie ragioni le singole leggi contemplavano persone escluse dalla naturalizzazione, ad altre categorie di individui, o questa competeva per effetto dalla legge stessa, indipendentemente da ogni loro domanda, o la domanda era imposta come una condizione della stessa facoltà di continuar a dimorare nel territorio. Nel primo caso trovavasi la donna per effetto del matrimonio, non solo secondo le legislazioni che confondevano, come quella inglese (3), l'esistenza giuridica della moglie in quella del marito, ma anche secondo le leggi che non sospendevano del tutto, durante il matrimonio, la personalità giuridica della donna (4). Secondo alcuni statuti anzi la stessa naturalizzazione attribuivasi anche allo straniero che avesse sposato una cittadina ed ai figli da loro procreati (5). Nel secondo caso si trovavano coloro che, secondo il diritto di certe città, non potevano dimorare più d'un determinato periodo di tempo nel territorio, senza domandare d'esservi ascritti alla cittadinanza (6).

Le leggi della naturalizzazione variarono poi in ogni paese di tempo in tempo a seconda del variare delle condizioni della popolazione, del commercio e delle industrie (7); nè furono sempre identiche

(1) Struvius, *Addit.*, l. c.

(2) Struvius, pag. 45, n. *o*.

(3) Blackstone, lib. I, cap. 15, vol. I, pag. 441.

(4) Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, Paris, Durand, 1843, lib. III.

(5) V. esempio di tale statuto nel van Leeuwen, op. cit., lib. I, cap. VI, § 6, parte I, pag. 24.

(6) V. pag. 392, e Gaill, *Practicae observationes*, edit. cit., lib. II, obs. XXXV, § 8, pag. 349: " In Civitatibus Germaniae, passim incolatus ex consuetudine, vel statuto, post annum acquiritur, et non patiuntur advenam diutius commorari, si lapso anno jura civium redimere nolit: quod summam habet aequitatem propter communia onera civium ".

(7) V. pag. 284-287.

per ogni categoria di stranieri, nè identiche per tutti i territorii dipendenti da uno Stato. L'esercizio, da parte degli stranieri, di una industria e d'una professione di cui il paese aveva difetto rendeva peculiarmente facile la loro naturalizzazione; così era in Inghilterra della professione di marinaio (1), che abilitava a diventare cittadino chiunque avesse servito per due anni a bordo di una nave in tempo di guerra. Lo spirito religioso ispirò frequenti leggi speciali di naturalizzazione a favore di stranieri correligionarii (2), e quello stesso spirito, combinato con ragioni economiche, indusse talora i paesi coloniali a favorire con facili naturalizzazioni ogni maniera di stranieri perseguitati che si fossero recati ad abitare nelle loro colonie. Era poi una condizione comune, successiva alla concessione, la prestazione del giuramento di fedeltà al nuovo sovrano, e secondo i casi e secondo le cause della naturalizzazione esigevasi anche dallo straniero una tassa speciale, detta in Germania *das Bürgergeld*.

Gli effetti della naturalizzazione non erano poi uniformi nei varii paesi. In alcuni v'erano effettivamente, come in Inghilterra, due gradi di adozione dello straniero, che corrispondevano alla grande ed alla piccola naturalizzazione di certi diritti moderni (3); in altri l'incolato, senza bisogno di concessione alcuna (4), conferiva allo straniero una condizione di semi-naturalizzato simile alla *denization* inglese; sicchè senza mutare la cittadinanza se ne modificavano gli effetti quanto agli oneri personali, agli onori ed ai pubblici ufficii, ed alla successione nelle cose mobili (5). Quasi in ogni paese il naturalizzato non trovavasi sempre in identica condizione, ma, secondo la condizione sociale di lui, era ascritto o alla classe dei *cives imperantes* o a quella dei *parentes* (6). In alcuni territorii l'effetto della naturalizzazione sulla capacità civile si estendeva, in altri no, ai figli nati prima del decreto. La soluzione negativa appoggiavasi, oltrechè a testi del diritto comune, al concetto dei diritti acquisiti ed al carattere individuale della naturalizzazione. Quella positiva, ispirata

(1) Blackstone, lib. I, cap. 10, vol. I, pag. 374.
(2) L. c., pag. 374.
(3) L. c., pag. 373, 4.
(4) V. pag. 274-6, 289, 290.
(5) Carpzovius, *Processus juris in foro saxonico*. Lipsiae, ap. Joh. Frid. Gleditschium MDCCVIII, tit. III, art. I, § 6-9, pag. 61.
(6) Jac. Lampadius, *Tractatus de constitutione imperii romano-germanici*. Lugduni. Batavorum Joannes Maire, MDCXXXIV, pars tertia, cap. II e IX, pag. 84 e 180.

dall'idea della unità della famiglia, era stata adottata dagli scabini di Lipsia in una decisione del febbraio 1638 (1) ed era difesa dal Carpzovio coll'argomento che *pater et filius pro una eademque habentur persona* (2). In alcuni territorii il naturalizzato poteva (3), in altri non poteva (4) succedere, in rappresentanza d'un congiunto straniero ed incapace, nei beni di un suddito dello Stato.

137. — Da questo sguardo, per quanto rapido ed incompleto, alla condizione giuridica degli stranieri fuori d'Italia durante l'età moderna, apparisce abbastanza chiaramente come, sia per quanto si riferiva ai diritti civili, riconosciuti ai forestieri, sia per quanto riguardava la possibilità della loro assunzione alla cittadinanza, non esistesse, tolto il fenomeno del tutto eccezionale e territorialmente limitato dell'albinaggio, sostanziale differenza dal diritto sviluppatosi nel nostro paese. In alcuni Stati era del tutto od in parte esclusa l'applicazione del diritto straniero, e il forestiero doveva in parte o del tutto abbandonare ai confini la propria legge civile. Ma nè questa antitesi colla dottrina di diritto internazionale privato sviluppatasi nel nostro paese imperava dovunque, nè, dove pur imperava, era indicazione d'una tendenza inospitale e quasi selvaggia verso gli stranieri e d'una forma di Stato chiuso in sè stesso, secondo la tradizione spartana. In ogni caso il territorio era precluso alla legge straniera, e non all'individuo che riconosceva quella legge come propria; anzi i paesi che nello sviluppo del diritto internazionale privato agirono più fortemente contro l'applicazione delle leggi straniere nel loro territorio, furono fra i più larghi nell'ospitare i forestieri e nell'attribuire loro la protezione della legge comune e della magistratura e l'esercizio d'una gran parte dei diritti civili.

Ciò che riuscì comune ai varii Stati d'Europa, nel loro pur disforme sviluppo delle teorie di diritto internazionale privato, fu il completarsi, in certe idee fondamentali, d'un mutamento che venne notato già parlando dell'Italia (5). L'idea dello Stato era

(1) Scabini Lipsienses ad requisitionem Tobiae Thierbochs zu Pegau... So geniesset ihr dessen ungeachtet ihr vor erlangung des Bürgerrechts geboren als ein Bürgerskind billich.

(2) L. ult., *C. De impub. et aliis substitut.* Carpzovius, *Responsa juris electoralia*. Lipsiae, ap. Sab. Ritzsch. MDCLXXXIII, lib. VI, tit. X, resp. 98, nn. 10, 14, pag. 235, 6.

(3) V. pag. 409 e Blackstone, lib. II, cap. 15, vol. II, pag. 249, 250.

(4) D'Aguesseau, op. cit., vol. VI, arringa XXXII, pag. 37-55 e *Recueil* cit., vol. I, causa De Rie contro Van Issandoren, pag. 292 e 298.

(5) V. pag. 321-325.

diventata sempre più idea d'un ente fornito di completa indipendenza quanto allo sviluppo della propria legislazione; e il diritto pubblico dello Stato era venuto sostituendosi al diritto comune romano come limite alle leggi particolari delle varie provincie e come criterio della loro espansività fra le diverse regioni variamente autonome del medesimo territorio.

Che i principi anche soggetti all'impero avessero pieno arbitrio di derogare nei territorii rispettivi con leggi proprie al diritto comune e di emanare statuti a questo del tutto contrarii, era ammesso comunemente anche nel solo paese d'Europa dove più principati fossero ancora subordinati ad un'autorità imperiale (1). E tale autonomia di legislazione s'estendeva anche agli statuti delle città (2). Limite a tale autonomia era l'obbligo di non offendere il diritto pubblico. Ma il diritto comune non entrava in questa categoria di legislazione comune, sottratta alle modificazioni degli Stati particolari, se non in quanto lo Stato ne avesse in modo espresso o tacito adottate le norme come parti del suo diritto pubblico (3). Quando ciò non fosse avvenuto, non occorreva una speciale autorizzazione per poter legiferare contro il diritto comune (4), la cui autorità primordiale ed indipendente da speciali sanzioni era stata sostituita da quella del diritto pubblico dello Stato.

Tali concetti che venivansi affermando rispetto alle parti dell'impero romano-germanico, tanto più completamente si erano affermati rispetto agli Stati del tutto indipendenti e punto connessi coll'impero. L'Inghilterra li aveva posti fuori d'ogni discussione fino dal medio evo (5), proclamando il re « vicarius et minister Dei in terra »; e deducendone come conseguenza che « omnis quidem sub eo et ipse

(1) Brunemann, op. cit., pag. 3, *Comment. in Cod.*, lib. I, tit. I, *De Summa Trinitate.*

(2) Justus Henningius Boehmerus, *Exercitationes ad Pandectas*, Hannoverae et Gottingae, apud Joh. Wilhelm Schmid, MDCCXLV, tit. I, pag. 654-665. Exercitatio XV ad lib. I, Pand., tit. III, *De Natura statutorum quae in civitatibus provincialibus conduntur eorumque obligandi principio*, caput II; Struvio, l. c., pag. 8, n. *t.*; cfr. Hellfeld, op. cit., § 92, pag. 25.

(3) Duck, *De usu et authoritate juris civilis romanorum in dominiis principum Christianorum.* Londini, apud Rich. Hodgkinsonne MDCLIII, lib. II, cap. I, § 1, 3, 4, pag. 56, v. e 57; cap. IV, § 9, pag. 90 e cap. VI, § IX e X, pag. 108 e 109r., e cap. XV, § X, pag. 181 v.

(4) Brunemann, lib. I, tit. I, pag. 2, 3 in Cod. *De Summa Trinitate;* Struvius, lib. I, tit. II, § XV e XVI, pag. 8 e n. *s* e *t*.

(5) V. pag. 268, nota 1, e Duck, op. cit., lib. II, cap. VIII, pars I, § 1, pag. 124, e pars III, § 1, pag. 144 *v* e 145 *r*.

sub nullo, nisi tantum sub Deo » (1). Appunto per porre fuor d'ogni dubbio questo suo titolo all'indipendenza piena ed assoluta, il re d'Inghilterra, fin dai tempi che precedettero la conquista, si attribuiva la dignità imperiale e si qualificava *basileus* e *imperator*, eguagliandosi così ai due imperatori d'Oriente e d'Occidente (2). Per effetto di tale indipendenza non solo il diritto comune inglese, ma anche tutti i diritti particolari scritti e non scritti (3) avevano una perfetta obbligatorietà nel rispettivo territorio.

Le provincie unite dei Paesi Bassi non solo reclamarono, coll'indipendenza politica, la completa autonomia della legislazione civile, ma si ritennero perfettamente autonome rispetto a questa anche nei rapporti fra loro, sicchè, lo sviluppo rispettivo del loro diritto privato era tanto immune da vincoli comuni quanto era quello di più Stati politicamente del tutto indipendenti e distinti (4).

Così nella universale indipendenza dei poteri legislativi da ogni vincolo estrinseco, la parola *statuti* in opposizione a *leggi* perdette del tutto l'antico significato (5), per indicare invece indistintamente, insieme colle norme obbligatorie emanate dai magistrati inferiori, anche quelle dei principi e dei popoli sovrani (6). Tutti questi ordi-

(1) De Bracton, lib. I, cap. VIII, § 5.

(2) Blackstone, lib. I, cap. 7, vol. I, pag. 241, 2.

(3) De Bracton, lib. I, cap. I, § 2, pag. 1: " Cum autem fere in omnibus regionibus utantur legibus et jure scripto, sola Anglia usa est in suis finibus jure non scripto et consuetudine. In ea quidem ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Sed absurdum non erit leges anglicanas (licet non scriptas) leges appellare, cum legis vigorem habeat quicquid de consilio et de consensu magnatum, et reipublicae communi sponsione, authoritate regis sive principis praecedente, juste fuerit definitum et approbatum. Sunt autem in Anglia consuetudines plures et diversae, secundum diversitatem locorum. Habent enim Anglii plurima ex consuetudine, quae non habent ex lege; sicut in diversis comitatibus, civitatibus, burgis et villis, ubi semper inquirendum erit, quae sit illius loci consuetudo, et qualiter utantur consuetudine qui consuetudinem allegant ".

(4) P. Voet, *De Statutis eorumque concursu*, sect. XI, cap. I, § 6: " Neque enim Provinciae foederatae uni supremo parent. Et, liceat sint unitae, non tamen accessoriae; sic ut quaelibet Provincia suis adhuc legibus et juribus regatur; adeoque considerari debeant, atque si omnes forent separatae. Non aliter atque fuerunt Portugalliae et Castellae, Angliae et Scotiae regna ".

(5) V. pag. 269-271 e Böhmer, *Exercitationes ad Pandectas*, tom. I, pag. 649-666, *De natura statutorum*, etc., Hannoverae, apud Schmid, MDCCXLV.

(6) G. Voet, *Commentar. ad Pandectas*, lib. I, tit. IV, pars II, *De Statutis*, § I: " Illud in antecessum semel monuisse suffecerit, in hisce circa statutorum varietatem disceptationibus, non inferiorum tantum magistra-

namenti locali erano dovunque e venivano da tutti giudicati (1) così completamente autonomi, da doverne risultare modificato il modo stesso di considerare i rapporti di diritto internazionale privato (2).

Mancava dunque sempre più completamente il fondamento su cui nel medio evo erasi venuta svolgendo, specialmente in Italia, la dottrina del diritto internazionale privato; e non solo per l'occasione diversa a trattare del conflitto delle leggi (3), ma più ancora per la diversità di principii fondamentali, la dottrina e la pratica della sua risoluzione anche quando non riusciva un'antitesi, era una modificazione del sistema italiano. Così avvenne in Francia, dove la dottrina italiana dominò tanto prima quanto dopo Bartolo, ma si modificò sotto l'influenza dei concetti di Stato autonomo, di sistemi indipendenti di leggi e di consuetudini locali, e del carattere feudale della sovranità (4). Nè diverso era il caso in Germania, dove, quantunque vi fosse adottata dalla scienza e dalla pratica la teoria degli statuti, fondata sulla dottrina italiana (5), pure i concetti feudali

tuum, sed et supremorum principum ac populorum majestate praeditorum jura, sive expressa voluntate sancita, sive moribus utentium ac consuetudine inducta, veluti Germanorum, Anglorum, Gallorum, Hollandorum, Ultrajectorum, aliorumque similium, venire statutorum appellatione; atque adeo leges omnes gentium omnium, solo romano, civili canonicoque jure excepto „.

(1) Huber, *De conflictu legum in diversis imperiis*, I: “ Notum est porro leges et statuta singulorum populorum, multis partibus discrepare, posteaquam dissipatis imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos ferme innumeros, sibi mutuo non subjectos, nec ejusdem ordinis imperandi parendique consortes „.

(2) G. Voet, l. c., § VIII: “ Neque enim mirum, haec ita in romanis subinde magistratibus obtinuisse, cum hi omnes supremi non fuerint, sed uni communi principi subjecti, qui, ut toti praeerat imperio, omnibusque junctim provinciis, sic ut proconsules praesidesque in sua provincia summum tantum haberent imperium post principem; ita quoque hanc singulis legem dicere poterat, qua alter alterius decreta servaret... sententias alibi latas daret executioni. Quae proinde ad nostros mores haud recte transtuleris, ubi plures regiones legibus, institutisque inter se diversae, nulli communi subsunt capiti, aut supremo imperanti, a quo, quod uni placuit ditionis magistratui, alter juberetur ac cogeretur sequi ratumque facere „.

(3) Brunemann, *Comment. in XII libros Codicis Justinianei*, liber I, tit. I, *De Summa Trinitate*. L. Cunctos Populos, I (pag. 3): “ Atque hic Doctores solent tractare materiam de statutis, quousque ea forenses obligent, sed, ut puto, loco alieniore „.

(4) Lainé, op. cit., vol. I, pag. 50-3 e 207-214.

(5) Mynsinger, *Singularium observationum imperialis Camerae Centuriae*, Cent. V, Observatio XIX, pag. 397, 8, Helmaestadi, Brandes, MDXCIV; Mevius, *Commentarius in Jus Lubecense*, Frankfort 1744, quaest. IV e V; Lauterbach, *Dissertationes Academicae*, Tubingen 1728, vol. III, Disput., CXXVIII, cap. II, num. 9-17.

riuscivano qua e là a modificarla notevolmente e traevano taluno ad abbandonarla (1), mentre altri ne sviluppava le norme e le completava.

Da tali concetti derivava necessariamente una maggiore ripugnanza dall'ammettere l'applicazione d'una legge straniera. Mancava il termine di paragone che un tempo il diritto comune dava della bontà d'una legge e della sua attitudine ad espandersi fuori del territorio della sua origine; veniva sempre meno nelle singole sovranità l'abitudine d'ammetter limiti al loro comando nel territorio, e perciò la territorialità delle leggi, l'applicazione cioè del diritto locale anche agli stranieri, doveva presentarsi alla mente come una conseguenza della sovranità e del rispetto che le era dovuto (2). E tanto più ciò avveniva in quei paesi dove il particolarismo legislativo e il concetto dell'autonomia od erano più antichi, come in Inghilterra, o, per effetto di reazione contro odiati dominii, erano più vigorosi, come nelle provincie unite. Qui la dottrina italiana o non era penetrata, od era rinnegata insieme con tutto il sistema politico che l'accompagnava. Nessuna ragione giuridica suffragava la estensione d'una legge fuori del territorio dello statuente, se non quando questo, essendo contemporaneamente signore dei due territorii, ne estendesse esplicitamente ad entrambi l'applicazione (3). La tradizione romana, il prestigio del diritto comune, l'idea che tutta l'Europa cristiana appartenesse alla stessa famiglia politica, avevano sviluppato in Italia un sistema di diritto internazionale privato. Venuti meno quei tre fondamenti, il

(1) Gaill, *Practicae observationes*, lib. II, observatio CXXIV, Coloniae Agrippinae MDCXXI, pag. 549-552; Hertius, *Commentationes de selectis argumentis*, vol. I, pag. 118-127, Dissertatio *de collisione legum*, sect. IV, *De collis. legum positivarum inter se*, §§ IV, V, VI VIII, IX, X: " 1. Quando lex in personam dirigitur respiciendum est ad leges illium civitatis, quae personam habet subjectam; 2. Si lex directo rei imponitur ea locum habet ubicumque etiam locorum et a quorumque actus celebretur; 3. Si lex actui formam dat inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae ". Francofurti ad M., ap. Hort, MDCCXXXVII.

(2) Struvius, lib. I, tit. II, *De jure in genere*, pag. 6, n. *m*. Inde: " 1. Tot dantur jura humana quot sunt respublicae; 2. Periculosum semper est juri unius Reipublicae in altera Republica obligationem concedere; 3. Jure peregrino recepto ejus tamen obligatio ulterius extendi nequit quam quatenus status Reipublicae permittit ".

(3) P. Voet, l. c., sect. IV, cap. II, § 9 e sect. IX, cap. II, § 17: " Quod olim de Gallis Julius Caesar eos nempe lingua, institutis, legibus diversos esse, id etiamnum de Belgio universo, et, si linguam excipias, de foederato, verissimum ".

sistema erasi già tanto sviluppato da potere, sia pure con notevoli modificazioni, trovare un'altra base sui concetti della ragione, dell'equità e dell'intima competenza della legge.

Nei paesi d'Europa dove, come in Francia ed in Germania, quel sistema era stato introdotto dalla comunanza della coltura e dall'analogia delle condizioni, esso doveva, molto più che in Italia, modificarsi al venir meno di quelle sue basi originarie per effetto dei concetti feudali. Laddove poi, come in Inghilterra e nei Paesi Bassi, quelle basi, o non erano esistite mai od erano state poi del tutto rinnegate, l'idea delle sovranità solitarie ed indipendenti nel territorio rispettivo, doveva far prevalere in modo assoluto il principio che le leggi d'uno Stato devono essere applicate a tutti gli individui e a tutte le cose nei limiti del territorio, e non possono estendere i proprii effetti a nulla ed a nessuno al di là della frontiera. Quando poi diverse leggi e diverse consuetudini imperavano nelle varie parti del medesimo territorio, era rispettivamente loro attribuita un'eguale forza di sovranità come se si fosse trattato delle leggi di più paesi estranei del tutto fra loro. Tale infatti era stata l'origine di quella varietà di diritti; sicchè, anche dopo compiuta la soggezione delle varie provincie ad una medesima sovranità, quelle provincie, quantunque assorbite in una stessa entità politica, continuavano a considerarsi come reciprocamente straniere nel campo del diritto privato. Tanto maggiormente poi ciò avveniva quando trattavasi, non già di provincie d'un medesimo Stato, ma di regioni autonome semplicemente confederate, come le Provincie Unite. Qui (1), come in Italia ed in Francia, era anzi a proposito dei rapporti interprovinciali che si rivolgeva l'attenzione a tale ordine di questioni, ma gli stessi principii che svolgevansi a proposito del diritto interprovinciale, applicavansi rispettivamente (2) nei singoli paesi (3) ai rapporti propriamente detti di diritto internazionale privato.

138. — Lo sviluppo della dottrina di diritto internazionale privato nell'età moderna si riassume in una lotta fra il principio della territorialità delle leggi che scaturiva dall'indipendenza e dall'isola-

(1) J. Voet, l. c., § 1: " ... Unde cum non raro intricatissimae ac prope inexplicabiles surgant de statutorum legumque ac consuetudinum tum provincialium, tum municipalium, auctoritate ac viribus, controversiae, quousque suam quaeque potestatem exserant, ubi diversa, ac saepe contraria diversis in regionibus de re eadem statuisse constat ".

(2) Lainé, vol. I, pag. 80-90, 280, 1.

(3) V. pag. 321, 2.

mento politico degli Stati, e l'altro principio di estraterritorialità regolata dalle intime ragioni della competenza che derivava da una lenta e varia elaborazione storica (1), che trovava argomenti ed analogie decisive nella tradizione romana (2) e che aveva già conseguita una trattazione metodica e sistematica per opera dei giuristi italiani (3).

La dottrina di questi era penetrata nella coltura e nella pratica giudiziaria francese, mentre la costituzione dello Stato e la persistenza dei concetti feudali circa la sovranità vi radicavano il principio dell'onnipotenza delle singole leggi nel territorio rispettivo e quella della loro impotenza oltre i limiti di quello. Erano due elementi contradditorii, la territorialità del diritto sviluppatasi spontaneamente sul suolo francese, e la dottrina italiana importata dagli studii del diritto romano e dalla coltura italiana. Durante una lunga coesistenza quei due elementi agirono e reagirono l'uno sull'altro con varia vicenda, si combinarono e si modificarono in diversa maniera, e finirono, ma soltanto nel nostro tempo, colla vittoria, per quanto non del tutto completa, ed estrinsecata, piuttostochè nei motivi, nei risultati della dottrina dei giuristi italiani. Questa, come fu notato (4), non limitavasi ad essere una serie di conseguenze dedotte da un solo principio (come sarebbe nel senso dell'espansione estraterritoriale delle leggi il sistema moderno della nazionalità, o nel senso della loro limitazione al territorio il sistema della territorialità), ma risultava dall'esame analitico della competenza, e dal carattere favorevole delle legislazioni particolari paragonate ai principii del diritto comune. Scomparso quest'ultimo elemento giustificativo dell'attitudine delle leggi particolari ad espandersi, la loro attitudine ad applicarsi fuori del territorio dello statuente non poteva risultare che dal criterio intimo e sostanziale della rispettiva competenza. Ma all'applicazione di tale criterio si opponeva in Francia l'altro principio preponderante della realità delle leggi e delle consuetudini. Mentre i giuristi francesi continuavano pertanto a seguire formalmente la scuola italiana nel punto di partenza delle loro indagini e nelle distinzioni delle loro categorie, trovavano nel principio della realità delle leggi un ostacolo all'adozione dei risultati di quella scuola.

Fra tutte le regole della scuola italiana però, una soprattutto si

(1) V. pag. 323-6.
(2) V. pag. 180, 188-191.
(3) V. pag. 326-330.
(4) V. pag. 328-332.

imponeva anche a loro; quella che voleva lo stato e la capacità della persona regolati dalle leggi del paese cui la persona apparteneva, anzichè da quelle del territorio dove essa si trovava od agiva. Essi sottrassero dunque quanto riguardava lo stato e la capacità della persona alla regola comune di territorialità, e ne fecero una categoria eccezionale di leggi personali ed espansive opposta alla categoria normale di leggi reali e limitate al territorio. Così la dottrina del diritto internazionale privato che risultava in Italia da norme e soluzioni così variamente analitiche e complesse, si aggirò in Francia intorno alla distinzione fra le leggi personali e quelle reali, e questa ch'era una fra le tante distinzioni della scuola italiana (1) diventò la distinzione precipua e fondamentale dello sviluppo posteriore della dottrina fuori d'Italia. Perciò il Dumoulin per un lato può dirsi appartenere alla scuola italiana e per un altro se ne distingue, fornendo se non un punto di partenza, certo la più alta autorità cui mette capo in Francia la trasformazione della dottrina di quella scuola. Anch'egli, come la maggior parte dei giuristi italiani, riassume la propria dottrina nel commento del Codice a proposito della legge *cunctos populos*. Anzichè distinguere ogni maniera di leggi in reali e personali, distingue quelle che reggono la forma degli atti o la procedura da quelle che si riferiscono alla norma del diritto, suddividendo queste ultime fra quelle che riguardano atti dove una parte è lasciata alla volontà delle persone, quelle che riguardano diritti o rapporti dipendenti esclusivamente dalla legge; quest'ultima categoria poi, egli suddistingue in leggi reali e personali (2). Tale distinzione che doveva poi abbracciare tutto il campo del diritto internazionale privato non ha ancora compiuta quella

(1) V. pag. 336-338.

(2) C. Molinaeus, in *D. Justiniani*, lib. I, Cod., tit. I, *De summa Trinitate, etc. Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*. Edit. Paris. Dezallier, MDCLXXXI, tom. III, pag. 554-6...: " Aut statutum loquitur de his quae meritum scilicet causae vel decisionem concernunt, et tunc aut in his, quae pendent a voluntate partium, vel per eas immutari possunt, et tunc inspiciuntur circumstantiae, voluntates, quarum una est statutum loci in quo contrahitur; et domicilii contrahentium antiqui vel recentis et similes circumstantiae... Aut statutum disponit de his quae non pendent a voluntate partium sed a sola potestate legis, et tunc... aut statutum agit in rem... et quacumque verborum formula utatur semper inspicitur locus ubi res sita est; aut statutum agit in personam, et tunc non includit exteros... Quia in quantum agit in personam, restringitur ad suos subditos; et in quantum agit in res restringitur ad sitas intra suum territorium ".

trasformazione nella dottrina del Dumoulin. Il quadro resta analogo a quello della dottrina italiana; ma pur non facendone il fondamento del proprio sistema, il Dumoulin doveva tener conto della regola della realità delle leggi. Egli segna pertanto uno stadio di transizione fra la dottrina italiana e la posteriore dottrina francese, affermando di questa due criterii distintivi: la estraterritorialità degli statuti personali, e quella della volontà delle parti affermata così nella manifestazione espressa, come nella concezione tacita rilevata per induzione dalla magistratura. Dal Dumoulin divergono due tendenze. L'una nel senso della scuola italiana o piuttosto nel senso di allargare il più possibile la categoria degli statuti personali, è rappresentata da Guy Coquille; l'altra, che è rappresentata dal D'Argentré, tende ad allargare il più possibile la categoria degli statuti reali rendendo quasi assoluto il dominio della territorialità delle leggi.

Guy Coquille combatteva lo stesso principio della realità delle leggi e delle consuetudini. « Gli statuti, egli diceva, possono essere limitati al territorio in Italia, dove si ritiene diritto comune il diritto romano; ma in Francia il diritto romano non è legge positiva, bensì il vero diritto civile francese si trova nelle *coutumes;* se ciò è vero, a queste si deve concedere in Francia la stessa virtù di espansione che si riconosceva in Italia al diritto romano (1), regolando cioè gli affari dipendenti dalle sole volontà delle parti colle *coutumes* dei luoghi dov'esse sono domiciliate e non con quelle dei luoghi dove sono situati i beni. Per decidere dunque se uno statuto è personale o reale bisogna considerare se la legge permetta o proibisca alcun che in vista dell'onore o del vantaggio delle persone, ed in questi casi bisogna dire ch'essa leghi la volontà di coloro che sono domiciliati nel suo territorio, rispetto a tutti i loro beni, dovunque siano situati; ma se la ragione della legge non riguarda direttamente la persona, bisogna seguire la *coutume* del luogo dove trovansi i beni (2).

Guy Coquille pertanto, prescindendo nella base del suo sistema dall'universalità del diritto romano considerato come legge positiva, si allontanava dalla tradizione dei giuristi italiani, e prendendo argo-

(1) Guy Coquille, *Institutions au droit français,* p. 2, *Œuvres,* vol. II.

(2) Guy Coquille, *Les coutumes du pays et comté de Nivernais,* p. 1 e s.; *Œuvres,* Bordeaux 1703, vol. II; *Institutions au droit des Français,* p. 81; *Questions et réponses,* quest. CXXVII e CXXXI.

mento da ciò per difendere la estraterritorialità delle leggi civili particolari, s'allontanava dalla dottrina francese. E mentre a questa la dottrina di lui si ricollega per la distinzione prevalente delle leggi in reali e personali, essa è una continuazione della dottrina italiana in quanto vuol assumere a criterio di giudizio la natura delle disposizioni e non ammette come proprio fondamento assoluto la regola della realità delle leggi.

Nel senso opposto a quello di Guy Coquille diverge dalla dottrina del Dumoulin quella del D'Argentré. Questo giureconsulto che prende argomento dall'indagine circa la misura della disponibile (1) per trattare del conflitto delle leggi (2) abbandona le distinzioni e i fondamenti stessi della scuola italiana (3), da cui risulta, secondo il suo troppo severo avviso, che « incerti magistri incertiores lectores dimittant », e sviluppa, deducendone ogni possibile conseguenza, il principio, implicito fin dall'origine nella dottrina francese, della territorialità delle leggi, cui ammette soltanto quei limiti che una giurisprudenza costante testifichi passati ormai indiscutibilmente nella pratica.

Da questi due fattori risulta semplice e simmetrica, la sua dottrina di diritto internazionale privato (4) che potrebbe ridursi a queste due regole: le leggi sono del tutto territoriali (5); alcune leggi, relative

(1) Argentraeus, *Commentarii ad materias pene omnes in usu et praxi frequentiores, de Donationibus*, etc., Parisiis ap. N. Buon, MDCV, Tit. *De donationibus*, Glossa VI, all'art. CCXVIII: " Toute personne pourvueu de sens, peut donner le tiers de son héritage, à autre qu'à ses hoirs, ou cas qu'elle ne le ferait par fraude contre ses hoirs ".

(2) Loc. cit., § 1, pag. 45: " Quaerimus igitur valde convenienter, an in ineunda hac bonorum quota, bona quoque ea quae extra fines Britanniae donator habuit, sub diversis provinciis et statutis, in computationem veniant bonorum, ita ut donatarius habeat tertiam de toto donatoris patrimonio, ubicumque locorum situm sit ".

(3) " ..... scholastici scriptores... copiose et redundanter sed et dissidiose vexasse videntur magis quam explicasse fine tam vario disceptationum... ut nemo talibus se Maeandris possit explicare..... unde fit ut incerti magistri incertiores lectores dimittant... Sed ea recudere valde esset operosum, et pugnantes componere, aut comparare impossibile... Quare omissis omnibus omnium opinationibus, nisi si quae cum usu congruunt, receptissima tribunalibus et foro, trademus ". V. Boullenois, *Demissions de Biens*, Quest. VI, pag. 81, 2. Edit. Paris 1727.

(4) De la Lande de Calan, *Bertrand d'Argentré, ses doctrines juridiques et leur influence*, Saint-Armand, Société anonyme de l'Imprimerie Saint-Joseph, 1892, pag. 54, 5, 58, 61, 2, 65-6, 74, 5, 93, 4, 157, 164, 5, 6, 67, 71, 2, 3.

(5) Loc. cit., § 2, pag. 45, 6: " ...certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari quod loci est, et suas cuique loco leges, statuta et consue-

soltanto alle persone, sono estraterritoriali, cioè possono applicarsi a quelle anche fuori del territorio (1); le prime rappresentano la regola (2), le altre le eccezioni in un sistema che informavasi tutto al concetto feudale dello Stato, della sudditanza e della legge. Alla regola della territorialità soggiacevano gli statuti reali (3) e quelli misti (4);

tudines servandas, et qui cuique mores de rebus, territorio, et potestatis finibus sint recepti, sic ut de talibus nulla cujusquam potestas sit praeter territorii legem „; § 11, pag. 49: " Omnis enim potestas, extra fines potestatis attributae aut propriae, privata est persona, et finitae potestatis finita jurisdictio et cognitio, ideo et statuta extra territoria sua sine usu sunt, cum extra ea terreri nemo possit, quae territorii diffinitio est. Jure itaque Imperator (cunctis populis) addidit (quos clementiae nostrae regit imperium) etsi ibi praeter rem de eo relativo multa comminiscuntur scholae scriptores... „; § 44, pag. 71 " ... Esset enim id vere quod proverbio dicunt, mittere falcem in messem alienam imputatione, non magis quam ut rex Franciae in intributionibus faciendis, aut in dicendo banno ut loquuntur, possit in computationem deducere bona quae subditus suus habet in Flandria aut Alemannia „ e num. 12, 13 e 30.

(1) Loc. cit., § 3, 4, pag. 46: " Atque haec de rebus soli. Sed alia ratio est de personarum jure, in quo et mobilia continentur, quia talia non alio jure habentur quam persona ipsa, et ideo legem ab domicilii loco capiunt, quare cum de personae jure, aut habilitate quaeritur ad actus civiles, in universum ea judicis ejus potestas est qui domicilio judicat, id est cui persona subjicitur, qui sic de ea statuere posset, ut quod edixerit, judicarit, ordinarit, de personarum jure, ubicumque obtineat, quocumque se persona contulerit, propter afficentiam personae sic enim loquamur „. E qui respinge (vedi pag. 338, n. 5) la distinzione verbale degli statuti; § 16, pag. 51: " Pudeat pueros talia aut sentire aut docere, nec viros sapientes oportet ludere sophistica aut praestigiis verborum „; e § 24, pag. 53: " Ridere vulgo solent cum dicitur jus atrum aut atrum jus diversa dicere volenti „.

(2) Loc. cit., § 5, pag. 46, 7: " Sed enim cum posita tali distinctione, scholastici scriptores, notato discrimine, ad rem veniunt, et quaerendum est in casibus καθ' ἕκαστα, ut Aristoteles loquitur, an hic vel ille casus in rem vel in personam conceptus dici debeat, tum vero et frequenter et perabsurde falli eos contingit, in dijudicatione particularium specierum, cum personae saepe tribuunt quod fine et consideratione rei est constitutum... „.

(3) Loc. cit., § 8, pag. 47, 8: " Realia sunt, ut quae de modo dividendarum haereditatum constituuntur, in capita, in stirpes, aut talia tametsi interdum incidit quaerere de personarum conditionibus, sint ne nobiles, aut ignobiles, quo mixta videri possunt. Idem de modo rerum donandarum, et quota donationis, quod hic titulus perpetuo agit. Item illud ne in testamento legari possit viro ab uxore, quod quidem de immobilibus constituit et rebus soli, etsi mixtam habeat de personis considerationem, quando impotentia agentis applicatur rei soli. Nam si de mobilibus solum quaereretur posset videri in totum esse personale. Item illud ne constante matrimonio, conjuges res soli donare possint „.

(4) Loc. cit., pag. 47, 8, § 5: " Sed et in ea distinctione tertium quod erat adjicendum membrum omiserunt, valde illud etiam necessarium de-

alla eccezione della estraterritorialità (1) quelli personali, ridotti per via di distinzioni (2) rigorose e sottili alle proporzioni più esigue di numero e di importanza (3). Da questo ambiente di tradizioni

his dispositionibus, quae in rem quidem conceptae reperiuntur, sed tamen rerum in his consideratio praecipua est, qui casus mixtus est de personis et rebus. § 6: .....Cujusmodi casus cum incidunt, et de dominiis transferendis agitur, posterior est personarum consideratio, et statuta locorum de rebus pervincunt. § 8: ... Mixtorum exempla ponuntur cum mutatione personae contingit familiae herciscundae judicium mutari, veluti cum res soli immobilem ad aequales sortem rediguntur, ex eo quia heredes sunt pagani, cum alio qui rerum alia et diversa sit conditio in bonis nobilibus et feudis. Hic enim personarum conditio dividendi judicium mutat „.

(1) Loc. cit., pag. 49, § 11: "... Sed quae statuta in personam concipiuntur alio jure habentur. § 12. Nam cum personae nullis agrorum finibus aut urbium moenibus, sic clauduntur ut excedere non liceat, indita libertate infinita sedium mutandarum... quod cum quis facit excessu loci legibus non liberatur nisi domicilium mutet: unde evenit ut affecta quocumque modo persona domicili lege aut jure, ea perpetuo sic teneatur, ne ulla mutatione loci sese possit exuere; pag. 47, § 7: Exemplis res fiet illustrior personalium statutorum cum scilicet principaliter de personarum jure, conditione, et qualitate statuitur, abstracte ab omni materia reali, veluti ut major aetate, et rerum suarum compos dici et haberi debeat, qui vigesimum aetatis annum excesserit, quale est hoc nostrum art. 457, aut qui vigesimum quintum, ut Parisiis. Aut cum nuptae interdicitur omni contrahendi, aut obligandi sui potestate, et contra facti nullitas indicitur, art. 524. Aut cum hi qui alienae potestati subsint, negantur posse obligari art. 507 e 214. Aut cum de liberis statuitur, ut in potestate patrum sint art. 498. Aut cum prodigo bonorum administratio interdicitur art. 491. § 13: ... Quare legibus domicilii infamatum, quocumque locorum infamia sequitur, et interdictum interdictio „.

(2) Loc. cit., § 16, pag. 51: "... Sed enim grandis paralogismus admittitur, cum a causis inhabilitantibus ad aliquem actum specialem, super subjecto reali statum personae affici colligunt, veluti sint hae causae personales quae rerum potius sunt. Itaque cum sic statuitur, non potest maritus quidquam donare vel legare testamento uxori, aut donare conquaestus constante matrimonio, inepte Bartolus putat, hoc statutum esse personale, ita ut inde concludat tale statutum valiturum extra territorium, quae est conditio personalium statutorum, et id quod de personae facto miscetur inconsequenter colligit personam afficere, cum dispositio prohibitiva res potius respiciat, et haeredum aeternam successionem in immobilibus quidem, quam personas, et ad actum particularem circumscriptive et limitate et quo ad id quid a quo non recte afficentia universalis status personae colligitur: unde impossibile est talis statuti vim extra territorium porrigi... ego contendo cum statutum non simpliciter inhabilitat sed ratione fundi, aut juris realis alterum respicientis extra personas contrahentes, toties hanc inhabilitatem non egredi locum statuti..... „ § 19, pag. 52: " Quod ipsum in mixtis multo magis obtinet... „.

(3) Loc. cit., pag. 48, § 8: "... Denique ut personalia sint *pure de personarum statu* agi oportet, *citra rerum immobilium mixturam, et abstracte ab*

feudali, di particolarismo giuridico e di patriottismo locale, il D'Argentré usciva come uno dei più dotti e completi rappresentanti. Animato da uno spirito del tutto conservatore egli aveva dato prova del suo patriottismo brettone in quella Storia di Brettagna « dove non si stanca di denigrare i re di Francia, per porre sopra un piedistallo di gloria i duchi brettoni »; nè si stanca mai di difendere l'integrità del diritto brettone ch'egli chiama « patrias Brittonam leges », concludendo « utantur Franci suis francis feudis si libet: haec jura nos non tenent, diversis utimur » (1) e « sua habeant Franci, nos jura patria retineamus » (2). In un così geloso custode del diritto locale, in un così tenace avversario d'ogni novità politica e religiosa, doveva tanto più affermarsi il principio della territorialità delle leggi, sia nei rapporti interprovinciali francesi, sia tanto più nei veri rapporti internazionali (3). Sicchè la sua dottrina degli

omni materia reali. Nam si ita statuas minor est quod intra viginti annos natus est, personale est, si ita minor ne immobile alienet quod intra statuti territorium sit, mixtum fit de re et persona. § 9: Quae realia aut mixta sunt, haud dubie locorum et rerum situm sic spectant, ut aliis legibus quam territorii judicari non possint, terminos quidem legislatoris populi non excedunt, sed nec vicissim exceduntur ipsa, et ut infinita sit commerciorum libertas jure Romano, contractibus, testamentis, negotiationibus, tamen ea sic infringitur, ut moribus et legibus locorum cedat. § 9: ... Finitae enim potestatis, finita est virtus. Ex quo consequitur, ut si plura ejusdem hominis praedia sint, et diversis territoriis sita, diverso etiam jure, legibus et conditionibus, regantur, capiantur, transferantur, acquirantur, non aliter, quam si plura plurium essent patrimonia, quia quoties unum et idem diverso jure regitur, pro pluribus habetur; pag. 48, 9, § 10: ... et unus idemque homo diversos magistratus gerens aut officiis fungens pro diversis habetur et alius a seipso etsi unus et idem corpore... unius hominis diversa fingit patrimonia... Est igitur situs rerum spectandus, et jure quaerendo et legibus dijudicandi. § 14, pag. 49, 50: Sed nos, praeter vulgares scholasticorum hominum sententias, personam aliter affici statuto negamus, quam cum de universali personae statu disponit... non item si particulari aliqua de causa potentia agendi impediatur circumscriptive ad aliquem actum... affincentia ad actum particularem arctata, non agit in universum statum personae, nec alibi quam in loco afficiente... Ex quo contingit Doctores decipi in descriptione statutorum realium aut personalium „. E segue (§§ 14-16) nella distinzione delle consuetudini parallela a quella degli statuti.

(1) Col. 1927, ap. De la Lande de Calan, l. c. pag. 66.

(2) Col. 1502, De la Lande de Calan, pag. 66.

(3) Argentraeus, l. c., § 22, pag. 53: " Ex quibus intelligi potest, statuta quantumlibet concepta in personam, rerum mixtura evadere in realia, et legem capere a statutis situs, et male vulgo in his poni afficentiam personae, quae si vera esset ubique locorum ageret et vim suam exerceret „. § 20, pag. 52, 53: "... Nihil personalius potest dici actu legitimationis, sed si res

statuti, se per una parte è il frutto dei principii fondamentali del diritto francese, per l'altra ha un'impronta del tutto personale, ed è il prodotto del particolare ambiente brettone da cui il suo autore era uscito (1).

139. — Ma appunto perchè il concetto del D'Argentré appariva piuttosto come quello di un solitario che non come quello d'un uomo rappresentante del suo tempo (2), la dottrina di lui nè corrispondeva fin da principio, nè produsse poi rapidamente il sistema prevalente in Francia prima della rivoluzione. S'impegnò fra quella e la dottrina italiana modificata dal Dumoulin e dai giuristi francesi antecedenti e successivi, una lotta lunga e laboriosa della quale è sufficiente riassumere in breve gli stadii ed i risultati dopochè il Lainé ne ha fatta la storia in un'opera magistrale (3).

Non ostante la demolizione dottrinale del D'Argentré, la dottrina italiana persistette in Francia nella scienza e nella giurisprudenza. Choppin, autore di commentarii sulle consuetudini d'Anjou e di Parigi, conobbe la dissertazione del D'Argentré, ma nell'esame delle singole questioni continuò ciononostante a procedere come un giurista della scuola italiana citando sovente come autorità i commentatori del nostro paese. Le Caron conosce la dottrina del D'Argentré (4), ma non la segue, preferendo invece quella italiana, ed arrivando perfino a disapprovare la distinzione, preponderante nella prima, delle leggi in personali e reali. Job Bouvot, autore d'un *Commentario sulla consuetudine di Borgogna* e d'una *Raccolta di decisioni e di notevoli questioni di diritto*, non solo afferma l'estraterritorialità delle regole relative allo stato ed alla capacità delle persone, ma ne estende l'efficacia anche alle disposizioni relative ai beni dovunque questi siano situati. Paul Challine, autore di un *Metodo generale per l'intelligenza delle consuetudini di Francia*, comincia a prendere per base dei proprii studii la dottrina del D'Argentré, ma applicandola, in molte parti la modifica. Ricard, autore di un *Trattato delle donazioni fra vivi e testamentarie* e d'un *Trattato della donazione mutua*, segue

soli aut succedendi jura miscueris, nullus princeps legitimat personam ad succedendum in bona alterius territorii... quia hic actus, etsi personalis sit, tamen miscetur et habet subjectum de rebus „.

(1) De la Lande de Calan, l. c., pag. 71-3.
(2) L. c., pag. 164.
(3) Lainé, op. cit., vol. I, pag. 338-425 e vol. II, pag. 188-194.
(4) *Observations* alla parola *Communauté*, ap. Lainé, vol. I, pag. 349, 350.

nel metodo e nelle soluzioni specialmente i giuristi italiani, e lo stesso può in parte ripetersi del Basnage, autore d'un *Commento della Consuetudine di Normandia*. Filippo da Renusson continua sulla fine del secolo XVII a ripugnare dalla dottrina del D'Argentré. Egli ammette bensì il principio della realità delle consuetudini, sottopone bensì, nei riguardi degli immobili, la capacità delle parti alla legge della situazione, ma non fa la medesima applicazione a tutte le disposizioni delle leggi locali, e riconosce l'esistenza di casi nei quali debba seguirsi la legge del domicilio della persona anche quanto ai beni situati in territorii retti da diverse leggi. Nel ricercare quali debbano essere questi casi, egli respinge la distinzione fra statuti personali e reali, distinzione che gli apparisce artificiosa quando si consideri come la legge civile tratti delle persone specialmente nei riguardi delle loro cose e dei loro diritti su quelle. Egli invece ritiene che le disposizioni riguardanti la capacità personale rispetto a tutti i beni debbano essere universali nel loro effetto sulle cose, e distingue da quelle le disposizioni che non riguardano principalmente la capacità della persona, ma limitano la facoltà di disporre delle cose o in favore dei parenti o per considerazioni di ordine pubblico (1). Sistema oscuro e complicato, ma pur sempre diverso da quello del D'Argentré. Bretonnier, che vive fino al quarto del secolo successivo, indica come persistesse ancora l'incertezza a pronunziarsi fra il Dumoulin e il D'Argentré. Denis Simon è il primo dopo Challine che prenda per base nello stesso secolo la dottrina di quel giurista. Thaumassière (2), pur accettando, intorno allo stesso tempo, il principio della realità delle leggi, ne deduce soltanto la conseguenza che, quando si tratta di diritti reali, debbasi seguire la legge della situazione della cosa; mentre per la solennità degli atti e la capacità delle persone egli ammette che deva seguire rispettivamente la legge del luogo dell'atto o del domicilio della persona. Lo stesso Lebrun che manifesta poco dopo il notevole progresso fatto dalle dottrine del D'Argentré, pure ne modifica molte conclusioni nel senso d'un maggior impero della personalità (3).

(1) Renusson, *Traité de la communauté*, cap. XV, n° 30, ap. Lainé, vol. I, pag. 374, 5.

(2) De La Thaumassière, *Coutumes générales de Berry*, Préliminaires, n. 28 e 29, Bourges 1701, ap. Lainé, vol. I, pag. 382.

(3) Lebrun, *Traité de la communauté*, lib. I, cap. II e *Traité des successions*, ap. Lainé, vol. I, pag. 384-6.

Tuttociò dimostra che durante il secolo del D'Argentré e durante tutto il secolo successivo, la dottrina di lui non ha dominato in Francia, ma vi ha dominato invece la dottrina italiana modificata dal principio della territorialità delle leggi. Quando il sistema del D'Argentré parve sul punto di prevalere, non solamente era stato già temperato, ma appariva altresì destinato ad un dominio non duraturo per effetto delle nuove dottrine che si andavano sviluppando nella filosofia e nella scienza del diritto. La lotta continuava senza interruzione e la vicenda doveva mutare un'altra volta, perchè la personalità delle leggi ch'era stata progressivamente ristretta in sempre più angusti confini, doveva riguadagnar terreno nella dottrina e nella pratica così da risultarne a quella ispirata la dottrina moderna francese di diritto internazionale privato.

Ciò che restò costante nella dottrina francese, fu la distinzione delle leggi in personali e reali; ma così dal punto di vista dell'oggetto della legge, come da quello dell'estensione della sua applicazione territoriale, per oltre un secolo e mezzo dopo il D'Argentré il concetto di personalità diventa sempre più rigido e ristretto, per riassumere poi gradatamente proporzioni sempre più larghe. Il mutamento si va preparando specialmente per opera del Boullenois, del Pothier, del Froland e del Bouhier, tanto per quello che riguarda i concetti fondamentali della dottrina, quanto ed ancor più per le sue applicazioni particolari. Dal primo punto di vista il Boullenois precorreva il concetto del Savigny circa la comunità di diritto quando scriveva: « Io mi raffigurai tutte le diverse leggi che regnano fra le nazioni, come dei padroni e dei sovrani dei quali io non doveva ferire l'autorità; ma ho considerato anche il mondo come una grande repubblica nella quale bisognava metter la pace e la buona armonia; perciò fu indispensabile che le leggi e le consuetudini delle varie nazioni si soccorressero reciprocamente per il bene di quella comunicazione che Dio ha stabilito fra loro ». Dal secondo punto di vista, pur cadendo in non poche contraddizioni col principio fondamentale circa il quale andavano tutti d'accordo, quei giuristi allargano sempre più i casi di applicazione estraterritoriale della legge, finchè il Bouhier (1), ritornando per un momento al punto di partenza dove la dottrina francese aveva abbandonato Guy Coquille, non s'indusse a sostenere che nel

(1) *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, cap. XXXVI.

dubbio uno statuto doveva ritenersi sempre come personale. Egli ricorreva così ad un concetto cui non si mantenne costantemente fedele, ma che pure indicava un accenno da parte della dottrina francese a ritornare alle norme professate nel periodo della sua origine. Così questa storia della teoria degli statuti in Francia si riduce ad una lotta fra i due opposti elementi: la dottrina complessa dei commentatori italiani, e la dottrina feudale negatrice d'ogni azione della legge civile oltre il territorio dello statuente.

In questa lotta la dottrina italiana si trasforma e si semplifica riducendo le proprie distinzioni a quella delle leggi personali e reali, cui si aggiunsero poi quelle miste, diverse da entrambe le altre quanto all'oggetto loro, ma identiche alle reali quanto alla loro inettitudine alla espansione della propria efficacia obbligatoria fuori del territorio dello statuente. La vittoria della dottrina del D'Argentré importa anzitutto la sostituzione di questa tripartizione degli statuti alle antiche loro categorie, e l'affermazione che nei rapporti privati internazionali la territorialità della legge è la regola e la personalità l'eccezione. Ma quella vittoria, che era stata per entrambi i rispetti molto lenta, non ebbe, quando pur fu conseguita, lunga durata, poichè la lotta delle due tendenze ricominciò col risultato d'aumentare sempre più le eccezioni a favore della personalità delle leggi, e continuò più tardi con quello di sostituire ancora distinzioni più analitiche ed obbiettive a quella semplice, ma insufficiente, fra leggi personali e reali. I commentatori del secolo XVIII preparano e quasi compiono la prima trasformazione, e, quantunque in mezzo a pentimenti ed a contraddizioni, accennano già e preannunziano anche la seconda, che doveva pure far tanto cammino nella scienza e nella pratica del diritto internazionale privato in Francia durante il nostro secolo.

Ed analogo nei suoi risultati fu lo sviluppo della dottrina tedesca. Il concetto originario di *statuto* vi corrisponde pure a quello di « patto valido nei limiti d'una corporazione » i cui membri lo abbiano stipulato. Da quel principio derivava anche il criterio della non obbligatorietà dello statuto nei riguardi delle persone straniere al territorio dello statuente (1). Ma a tale concetto si sostituisce a poco a poco, sotto

(1) Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem*, ed. II, Jenae, ap. Croeker, MDCCXCII, § 90, pag. 25: " Statuta fiunt per pactum et..... obligant solum consentientes, minime vero forenses aut tertium „; Duck, op. cit., lib. 2, cap. 2, § X, XI, XIII, pag. 66 e 67 r.

l'influenza dello sviluppo dei poteri legislativi particolari, quello di legge locale perfettamente valida quanto al titolo, e, quanto all'effetto suo, perfettamente obbligatoria per tutti nei limiti del territorio. Allora la parola *statuto* diventa sinonimo della parola *legge* (1), e quello non meno di questa porge occasione a vere questioni di diritto internazionale privato. Da tale carattere di diritto civile attribuito alle leggi particolari, e dalla tradizione romana che ne era concomitante, doveva derivare, come base della dottrina germanica, il criterio normale di *nazionalità* e il criterio eccezionale di *territorialità* per ogni singolo diritto particolare (2). Doveva ritenersi cioè che di regola la legge civile non fosse applicabile se non che ai sudditi dello statuente, e che eccezionalmente anche gli stranieri per certi atti e per certe cose loro pertinenti potessero essere assimilati nel territorio ai sudditi quanto all'applicazione di quella legge civile.

V'erano dunque ammessi fin dall'origine e fin dai fondamenti della dottrina, non meno che in quella italiana, quei temperamenti senza dei quali non può sussistere veruna soluzione equa delle questioni di diritto internazionale privato. Sotto certi rapporti si riconosceva inapplicabile, sotto altri ammettevasi applicabile la legge civile del territorio, ai forestieri. D'un lato, nel riconoscere il principio della territorialità del diritto, non lo si proclamava, come in Francia, un

(1) Carpzovius, *Responsa*, lib. VI, Resp. 39, § 12: " Siquidem Statutum legis vigorem habet estque jus civile seu commune eo in loco ubi viget „; Böhmer, *Exercitat.* XV *ad Pand.*, edit. cit.: " De Natura Statutorum quae in civitatibus provincialibus conduntur eorumque obligandi principio „, cap. II, § 5, 10; Hertius, *De Collisione legum*, sectio IV, § V: " Igitur leges a summis potestatibus et statuta municipiorum (quae sunt jus civile seu commune in eo loco ubi vigent)..... „.

(2) *Istitutionum Imperialium Praxis Moderna*, Frankfurt und Leipzig, Hoffmann, 1698, Erstes Buch, § II: " Es machen die *Statuta* an dem Ort wo sie eingeführet ein Bürgerliches Recht, und stehen solcher Gestalt dieselbe mit dem allgemeinen Kaiserl. Rechte in gleicher autorität. Dahero denn folget dass wie das jus civile oder Bürgerliche Recht keinen, als dar ein Bürger ist, verhindet, also dasselbe auch auf keine Frembde extendiret werden kann. Und Können allerding die *Statuta* auf die *Forenses* nicht gezogen werden, weil diese dessen der solche *Statuta* gegeben. Unterthanen nicht sind, sondern eines andern Jurisdiction unterworfen. Zu dem hält man auch dafür dass niemand diejenigen so ihm nicht unterthanig sind, seinen Gesetzen oder Statuten wolle unterwürfig machen „; Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 6: " Non aliter se habet in reliquis Imperii Romano-Germanici Provinciis quae suas aeque habent leges ac consuetudines provinciales, quarum vigor num etiam obligat forenses si in illis Provinciis contrahant vel agant „.

principio assoluto e fondamentale, dall'altra ammettevasi in genere che in un territorio si potessero applicare leggi diverse da quelle proclamate dal potere ivi imperante (1). Ammettevansi dunque fin da principio quei criterii e quelle distinzioni che sono i fondamenti sui quali ogni ben costrutto sistema di diritto internazionale privato riposa e si sviluppa.

La dottrina tedesca trovasi pertanto nei suoi fondamenti in assoluta opposizione con quella olandese e con quella del D'Argentré. Secondo questi la legge territoriale è assolutamente obbligatoria per tutti e per ogni cosa nel territorio, ed eccezionalmente soltanto può conseguirvi applicazione una disposizione di legge straniera. Secondo la dottrina germanica la legge civile d'un territorio non è di regola applicabile agli stranieri (2), ed eccezionalmente soltanto è obbligatoria per loro quando con atti compiuti o diritti acquisiti nel territorio essi stessi vengano a porsi, limitatamente a quegli atti o diritti, nella condizione dei sudditi (3). Così avviene, per chi prende stabile domicilio nel territorio, rispetto a tutta la sua attività giuridica (4), e, quanto ai non domiciliati, per quelli che vi acquistano proprietà (5) e che vi compiono atti leciti od illeciti (6) relativamente a quella proprietà, a questi atti ed alle loro conseguenze.

La legge straniera dunque secondo la dottrina germanica può e deve in certi casi applicarsi nel territorio agli stranieri. Tale è la regola in tutti i rapporti di indole personale quanto alla sostanza

(1) Mevius, p. 2 dec. 313: " Aliud tamen est *in*, aliud *de* territorio alicujus esse "; Hertius, *De Collisione Legum*, sect. IV, § VIII, vol. I, Francofurti ad M. MDCCXXXVII, pag. 123: " .....non semper argumentum procedit a competentia fori ad statutorum observationem " (combattendo in ciò l'opinione di Paolo Voët).

(2) Lauterbach, ad lib. I, *Pand.*, § XVI, Tubingae sumpt. J. G. Cottae, MDCCXIV, vol. I, pag. 63: " Excipiuntur porro omnes qui non sunt subditi e. g. advenae, extranei ".

(3) Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 23: " Ac demum non obligat Statutum forenses nisi ipsimet in Statutum consentiant, quod facere censetur contrahendo in loco in quo istud Statutum viget ".

(4) Hellfeld, lib. 6, § 44, pag. 11: " Subditus incola legibus loci quo habitat in omnibus paret " e Gaill, *Practicae Observationes*, edit. cit., lib. II, Observatio XXXV, § 4-6, pag. 348, 9.

(5) Hellfeld, loc. cit.: Forensis leges tantum quae bona concernunt agnoscere tenetur ".

(6) Hellfeld, loc. cit.: " Temporarius (subditus), qui, absque animo manendi, in loco quodam ad tempus commoratur, legibus judicatur loci, ubi contrahit, delinquit, testamentum condit vel succedit ".

se non quanto al modo di far valere i diritti in giudizio (1). Quando si tratta di beni immobili e di atti relativi a quelli, prevale il concetto d'una sudditanza parziale del proprietario e degli aventi diritto alla legge del paese dove quei beni sono situati (2). Quando si tratta di atti giuridici compiuti nel territorio lo stesso argomento della soggezione particolare (3) dell'agente rispetto a quelli atti, fa prevalere al diritto della persona il diritto del luogo dove l'atto stesso è compiuto (4).

Anche la dottrina tedesca si svolge dunque sulla base della distinzione delle leggi secondo riguardano le persone, i beni o gli atti. Ma mentre si ricollega alla dottrina francese per questa partizione del tutto estrinseca, è connessa nella sostanza piuttosto colla dot-

(1) Carpzovius, *De non appellando*, th. XLIX, § 21-3: " Judex pronunciare debet secundum statutum et leges litigantium. .....Et licet Statutum forenses non obligat; id tamen agnoscere eos oportet quando agunt vel judicium suscipiunt in foro rei quod actor sequi tenetur „.

(2) Carpzovius, *Responsa*, lib. III, tit. I, Resp. 13, § 4-7: " Et Statuta, etiam favorabilia sint, ad bona tamen immobilia, extra territorium sita, non extenduntur..... ubi hoc de his quoque intelligit Statutis, quibus verba illa — *die Güter liegen auch gleich wo sie wollen* — inserta fuere; nec enim facere potest haec clausula ob defectum jurisdictionis ut afficiantur bona extra territorium alibi sita „ e lib. VI, Resp. 39, § 13: " Quantum ad res sitas in territorio statuentium Statutum porrigere suum effectum ad personas non suppositas, luculenter probatur „ e § 19: " Nec enim quicquam negotii facessit ratio supra adducta, quod nempe Statuta localia non nisi subditos obligent. Nam respondemus, hoc fallere quoad bona sita in territorio statuentium ex quo enim Statutum afficit res sitas in suo territorio; non potest non etiam per consequentiam ligare dominum istarum rerum quantumvis extraneum, non subditum, sive forensem. Atque hinc etiam Statutum, respectu bonorum in territorio existentium, potest habilitare personam non subditam. 2. Respondemus, non obligat *hoc casu statutum forensem aliquem et extraneum sed subditum suum*, quia respectu rerum immobilium in territorio suo sitarum, Statutum afficit sibi personam subditam ratione dominii quae alias subdita non est, sed alibi degit suumque habet domicilium, atque ita Dominus rerum alibi sitarum consideratur ut duplex homo, alius in loco Statuti, ut subditus, et alius extra territorium statuentium ut non subditus sed forensis „.

(3) Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 23: " Ac demum non obligat Statutum forenses, nisi ipsimet in Statutum consentiant, quod facere censentur, contrahendo in loco in quo istud statutum viget „.

(4) Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 21: " Deinde procedit haec maxima (quod Statutum haud obliget forenses) solummodo in personalibus hoc est quae solam personam forensis concernunt: secus verum quoad habilitationem alicujus actus, praesertim contractus, ex quo ultro citroque oritur obligatio „.

trina italiana, e per virtù propria prelude alla dottrina moderna del diritto internazionale privato. L'applicazione della legge civile secondo la sudditanza della persona vi è talmente ammessa come norma fondamentale, che, per giustificare l'applicazione del diritto territoriale agli stranieri quanto ai loro atti ed alla loro proprietà, si ricorre all'argomento o piuttosto alla finzione di una sudditanza parziale creata dagli atti volontari della persona di cui si tratta (1). Considerando pertanto la prevalenza della legge della persona come la regola, e come eccezione la prevalenza di quella della cosa o dell'atto, è aperto l'adito, ben più facilmente che nella dottrina francese, alle norme più sostanzialmente eque e più analiticamente logiche del moderno diritto internazionale privato. Fra le tre specie di leggi, che anche la dottrina germanica distingue secondo l'oggetto loro (2), è più facile modificare secondo i dettami della ragione e dell'equità le proporzioni di applicazione territoriale e di espansione estraterritoriale, perchè alla base del sistema sta il principio della universale applicazione delle leggi personali (3), e perchè non è soltanto la *comitas gentium*, ma un concetto giuridico, come l'intima competenza della legge e la volontà della persona, che ne detta i limiti e i modi dell'applicazione (4). Sotto le varie influenze della legislazione e della dottrina

(1) Hertius, loc. cit., sect. IV, § IV: " Homines tribus fere modis summis subjiciuntur potestatibus; vel ratione personae suae, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum. Persona fit subdita ut plurimum propter domicilium: haec enim vera et unica causa reputatur ex qua subditum proprie dictum aestimare debeamus. Quamquam hoc minus accurate dictum, et caussa subjectionis adaequata potius videatur pactum civium cum summo Imperante..... Quale pactum etiam tacite colligitur ex constitutione domicilii. Utcumque sit, in Germania ita moris est etc. ..... Res subjecta censetur quoniam intra limites territorii alicujus sita est..... Ratione actuum subjiciuntur cujusque generis personae, etiam advenae sive exteri vel transeuntes vel negotiorum suorum causa ad tempus in civitate commorantes, quatenus nimirum ibi agunt v. g. contrahunt vel delinquunt ".

(2) Hertius, loc. cit., sectio IV, § V: " Igitur leges... vel in personas aut res constituuntur vel actui formam circumponunt ".

(3) Hertius, loc. cit.: " In personam constituitur lex, quando personam afficit et quidem primario; nihil enim obstat si secundario sive per consequentiam vi legis jus aliquod vel acquirendi rem, vel disponendi de eadem tribuatur... ".

(4) Hertius, loc. cit., § VIII: " Quando lex in personam dirigitur, respiciendum est ad leges illius civitatis, quae personam habet subjectam. Ratio hujus regulae est evidens. Persona enim subditi, qua talis, nemini alii est subjecta, quam summo imperanti, cui se submisit. Unde fit, ut leges quae personae qualitatem sive characterem imprimunt comitari personam soleant

le proporzioni della territorialità e della estraterritorialità delle leggi dovevano variare, e i limiti dello statuto reale e di quello personale dovevano presentare non poche indeterminatezze, e non pochi divarii ed incertezze. Ma, prendendo le mosse da quel punto di partenza, allo studio ed alle esigenze della pratica non doveva riuscire difficile il rimuovere gli uni e le altre.

140. — La vicenda delle due tendenze fu per lungo tempo diversa nei Paesi Bassi, dove i fondamenti della dottrina prevalente corrisposero in modo assai più completo che non avvenisse in Francia per opera del D'Argentré al principio della realità delle leggi. Nell'ordinamento politico delle Provincie Unite dopochè ebbero conseguito la loro indipendenza, la vittoria era restata al particolarismo e le provincie si erano organizzate in repubblica federativa. Ciascuna provincia mantenne con energia, insieme coi proprii privilegi politici, anche la propria indipendenza giuridica; e nelle singole provincie le città arrivarono pure a preservare dalle invasioni del potere provinciale le carte e i privilegi d'autonomia un giorno ottenuti. Tale gelosia d'indipendenza fecondava i germi della dottrina ereditata dal precedente sistema feudale circa l'applicazione territoriale delle leggi. Ogni provincia ritenevasi autorizzata dalla tutela della propria autonomia ad applicare nel territorio esclusivamente le proprie leggi anche ai diritti ed alle relazioni giuridiche degli stranieri. Da ciò una dottrina logica più di quella del D'Argentré e molto più semplice: « le leggi sono assolutamente territoriali, e non v'è alcun argomento d'indole giuridica che giustifichi l'eccezione d'una categoria di leggi applicabili fuori del territorio. Gli statuti possono distinguersi in due categorie od in tre, tenendo conto del loro oggetto, ma, quanto al loro effetto territoriale, vale per tutti l'identica regola negativa, nè v'ha per essi luogo a veruna distinzione giuridica ».

Paolo Voet riferisce le tre distinzioni degli statuti personali, reali, e misti quanto alla loro materia, ma, quanto alla loro efficacia estraterritoriale, finisce col concludere per la loro territorialità (1).

ubicumque etiam locorum versetur, tametsi in aliam civitatem migraverit, veluti si quis major, infamis, vel prodigus declaretur. Quandoquidem extera illa civitas in advenam non habet potestatem, nisi ratione actuum, vel bonorum immobilium, in reliquis iste patriae suae manet subjectus... „. *Dissentit* P. Voet e § IX e X.

(1) P. Voet, *De statutis eorumque concursu*, sect. 4, cap. II, § 7: “ Quinimo uti civitas, quae civitati non paret, alterius civitatis consuetudine non

Huber formula questa assoluta territorialità nei due primi fra i tre assiomi che pone a base della propria teoria del conflitto delle leggi (1), e finalmente Giovanni Voet con quella chiarezza di esposizione che non gli viene mai meno, pone fuori di ogni dubbio il principio che la divisione degli statuti in personali, reali e misti ha importanza quanto alla loro distinzione sistematica, ma ne è del tutto priva quanto al regolamento dei rapporti di diritto internazionale, essendo tutti quegli statuti egualmente privi d'ogni forza operativa fuori del territorio (2).

Più logici dunque del D'Argentré e dei suoi seguaci, i giuristi olandesi accolgono senza eccezioni il principio della territorialità delle leggi. La base della loro dottrina è pertanto non solo più semplice, ma anche più logica. Infatti se si bada al fatto della sovranità, niuno può affermare che questa possa comandare fuori del proprio territorio, e che una legge possa senza l'assenso della sovranità farsi valere in un territorio. Se invece si bada alle ragioni che in nome d'un principio superiore devono astrattamente obbligare e concretamente persuadere ciascuna sovranità a permettere quell'applicazione in una certa misura, il carattere della personalità di una legge non è nè il solo ed esclusivo nè il sufficiente criterio della sua applicabilità fuori del territorio dello statuente.

Ma mentre questi giuristi vanno tutti d'accordo nel ritenere che nessuna legge per se stessa abbia attitudine giuridica ad essere applicata fuori dello Stato da cui emana, essi s'accordano pure nel formulare un criterio non giuridico ma politico, secondo il quale a tutte le leggi civili e non soltanto alla categoria puramente personale di

ligatur, aut expresse, aut tacite, ita statutum civitatis unius nec expresse nec tacite in ordine ad alteram vires exserere poterit „.

(1) Huber, *De conflictu legum in diversis Imperiis*, II: “ I. Leges cujusque intra terminos ejusdem Reipublicae omnesque ei subjectos obligant, nec imperii vim habent ultra. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum sive ad tempus ibi commorentur „.

(2) J. Voet, *De statutis*, V, f.: “ Vim et efficaciam statutorum quod attinet, ex summo jure et ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus jurisc. tradit — puta — extra territorium jusdicenti impune non pareri — ac — pari in parem nullum competere imperium seu cogendi potestatem — cui consequens est neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse extra statuentis territorium, aut ullos effectus alibi, invitis locorum illorum legislatoribus, sortiri.

esse può venir concessa per volontà concorde degli Stati un'azione estraterritoriale. Tale è il concetto della *comitas gentium* che persuade gli Stati, per consapevolezza di opportunità e per studio di trattamento reciproco, a riconoscere per il regolamento di certi diritti e di certi atti di stranieri nel loro territorio, quell'applicazione di norme di leggi forestiere che a stretto rigore potrebbero escludere.

A quel concetto ed al suo fondamento politico accenna già Paolo Voet (1), giustificando così la fondamentale ammissione della territorialità della legge, combinata colla possibilità di conflitto fra leggi di diversi territorii (2). Huber formula lo stesso principio nel terzo dei suoi assiomi in modo alquanto vago, ma lo rende più chiaro mediante il commento che vi fa seguire (3); e Giovanni Voet formulando l'uno accanto all'altro il principio giuridico negativo da cui risulta la assoluta territorialità e il principio politico positivo che giustifica in una certa misura l'estraterritorialità delle norme di diritto privato, rende più chiari il carattere e il valore dell'uno e dell'altro (4).

Molto si disputa circa questo concetto della *comitas gentium*, non solo giudicandolo antigiuridico nel suo fondamento, ma ravvisando nella dottrina degli scrittori che lo formularono la più completa e irriducibile antitesi colla dottrina italiana. Ma questo giudizio, se fondato nella sua premessa, non mi pare giusto del tutto nelle sue conseguenze. Non è chi possa negare che attribuendo al solo arbitrio degli

(1) P. Voet, *De statutis eorumque concursu*, sect. IV, cap. 2, § 17: " Denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi „.

(2) L. c., sect. IX, cap. I, § 1. " ...sunt etiam difficultates evolvendae circa effectus statutorum comparatos; dum variorum locorum statuta dissonantia, circa unam eadenque rem vel personam vel negotia concurrunt „.

(3) Huber, *De conflictu legum in diversis imperiis*, 2, III: " Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur „.

(4) J. Voet, *De Statutis*, I: " ... traditurus primo, quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quousque potest extendere et tueri, aliena vero suis ex finibus arcere intendit. Deinc quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statuentis liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro, citroque; nullo alioquin ad id jure obstricta; et quomodo, ut pares utrimque servarentur comitatis fines, variis id inter cognatos ac confines gentes pactionibus publicis fuerit in nonnullis definitum stabilitumque „ e cap. XII.

Stati l'ammissione d'una azione estraterritoriale dalle norme di diritto privato e la misura di quell'ammissione, si bada piuttosto alla manifestazione esteriore che alle intime ragioni, e si professa un concetto antigiuridico. Ma per poter sostituire a quello un concetto fondamentale veramente giuridico era necessario lo sviluppo d'altri due concetti che si affermarono soltanto nel tempo nostro nella coscienza generale: quello dello Stato considerato come individualità pertinente senza bisogno del proprio assenso alla società internazionale e soggetto pertanto ad una legge naturale di solidarietà, e quello dell'individuo considerato per sè come un soggetto di diritti d'ordine internazionale riassunti nella tutela della sua personalità giuridica trascendente i limiti politici dello Stato cui esso appartiene. Senza il fondamento di questi due principii (1) un sistema di diritto internazionale privato costrutto su basi veramente giuridiche risulta impossibile; e non si può arrivare che ad un sistema limitato alle parti d'un medesimo impero com'era quello risultante dalla tradizione romana, o ad una serie di norme ibrida, incompleta e piena di contraddizioni come quella prodotta dalla scienza e dalla pratica francese.

In varie epoche la coscienza giuridica s'era avvicinata al concepimento d'un sistema di diritto internazionale privato. Ma ciò era potuto avvenire perchè quella coscienza giuridica o per virtù esclusivamente propria e relativamente ad una cerchia ristretta di popoli (2), o per virtù propria aiutata dall'analogia romana come nei commentatori italiani, s'era avvicinata alla concezione di quei due criterii fondamentali. Ma nella condizione d'Europa del 1600 la stessa Italia s'era allontanata da tali concetti, e gli altri Stati d'Europa ne erano pure più o meno lontani; e sulla base giuridica delle idee di Stato e di società di Stati allora esistenti nessun altro sistema di diritto internazionale privato poteva svilupparsi all'infuori di quello che distinguendo gli statuti in reali e personali, andava riducendo praticamente quasi al nulla quest'ultima categoria, con un mutare continuo di criterii e di risultati. I giuristi olandesi, uomini pratici, ripugnanti dalle sottigliezze della casistica, ma usi a penetrare colla mente al fondo delle cose, riconobbero nelle loro dottrine la condizione di diritto che effettivamente esisteva al loro tempo ed affermarono, rendendo

(1) V. cap. II, pag. 7-11.
(2) V. pag. 105-107 e 194-196.

un segnalato servigio alla logica ed alla chiarezza, la assoluta territorialità di tutte le leggi qualunque fosse l'oggetto loro; ma accanto a questo elemento negativo collocarono come elemento positivo la *comitas* che, nell'impossibilità di trovare un concetto giuridico ispiratore e misuratore dell'estraterritorialità del diritto privato, era il solo corrispondente alla realtà delle relazioni fra gli Stati, e quello che in avvenire poteva essere più fecondo fattore d'applicazione estraterritoriale della legge d'ordine privato nei loro reciproci rapporti.

Esaminiamo infatti questo concetto della *comitas* nella sua origine e nello sviluppo delle sue applicazioni. Originariamente essa è concepita come un risultato dell'arbitrio dei principi e degli Stati che, per desiderio di utilità e per studio di reciprocità, concedono l'applicazione nel territorio ad una legge straniera « quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur » (1). Ma questi effetti dell'arbitrio sovrano non sono concepiti soltanto come concessioni espresse, bensì anche come conseguenze della volontà tacita dei principii e degli Stati (2). Nell'uno e nell'altro caso infatti non sono considerati soltanto scambî di vantaggi diversi che fra loro si compensano, come si addirebbe al carattere politico della reciprocità, ma garanzie reciproche dell'identico vantaggio, come corrisponde al riconoscimento comune di attributi giuridici. Quando siasi ammessa anche la esistenza tacita delle *comitas* non si può farla derivare in tal caso che dalla consuetudine o dai responsi della magistratura e nell'una forma come nell'altra essa riducesi ad un effetto e ad una manifestazione della coscienza popolare il cui indirizzo costante indica al magistrato ciò che questo debba ritenere come tacita volontà dello Stato.

(1) Huber, l. c.

(2) Huber, l. c.: " ..... ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam: quia sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commerciis et usu gentium promiscuo, nihil foret magis incommodum, quam si res jure certi loci validae, mox alibi diversitate juris infirmarentur, quae est ratio tertii axiomatis „ e § 8, e 12; G. Voet, l. c.: " ... per conventiones expressas recedere possit, aut per pactiones tacitas ex praesumptionibus deducendas recessisse censeatur „ e § XVII: " Caeterum, ne vagae essent et incertae, ac saepe non mutuae officiorum ac comitatis praestationes inter gentes vicinas, ac alius denegaret alteri ea, quae prius ipse obtinuerat ex comitate; conventionibus specialibus *aut inveteratis consuetudinibus, pro conventione servandis*, non raro definitum, quid utrinque praestandum sit „.

Così concepita e modificata in confronto del suo concetto originario, la *comitas* si riduce ad essere un elemento indefinitamente perfettibile del progresso del diritto internazionale privato. Ad ogni epoca essa riflette la consapevolezza, sempre più radicata nella coscienza popolare, di ciò che corrisponde al vantaggio comune di tutti gli Stati e di tutti gli uomini, e quando più tardi quella coscienza diventa consapevole anche della solidarietà esistente fra gli Stati e dei diritti internazionali dell'individuo, quella e questi trovano sotto la parvenza della *comitas* la stessa sanzione per opera della volontà tacita degli Stati. Molti diritti gli Stati si garantirono reciprocamente per solo scopo di opportunità e di utilità reciproca, che dopo molti secoli di uso e di sviluppo apparvero come conseguenza della ragione e della natura stessa delle cose. Basti citare il diritto diplomatico e in parte anche quello marittimo internazionale. Così l'uno come l'altro vennero sviluppandosi sulla base del vantaggio reciproco e dell'opportunità degli Stati, per finire coll'essere universalmente considerati come sistemi di norme giuridiche così connesse colle necessità della natura umana e della società da non aver nemmeno bisogno d'essere codificate. Analoga è la funzione della *comitas* nei rapporti di diritto internazionale privato. Immediatamente essa è, nel periodo della sua origine, un limite del tutto arbitrario imposto alla territorialità assoluta delle leggi. Ma quando accanto alla volontà espressa degli Stati manifestatasi col mezzo di convenzioni e di concessioni esplicite, si comincia a tener conto anche della volontà tacita degli Stati, manifestatasi nella consuetudine e nella giurisprudenza, la *comitas gentium* va sviluppandosi e trasformandosi in guisa da mutarsi a poco a poco di fattore del tutto politico in fattore giuridico delle norme positive del diritto internazionale privato e da far penetrare a poco a poco, sotto altro titolo fondamentale, ma con non minore autorità e non minore abbondanza di risultati, i principii della dottrina italiana nei paesi che parevano chiusi a quelli nel modo più assoluto.

In questi paesi la lotta fra i due elementi è stata certo più lunga, e più lungamente decisa in favore della territorialità, ma non per questo ne fu diverso l'indirizzo definitivo. Ciò appare dalla dottrina di diritto internazionale privato ora prevalente in Olanda e dalle tendenze che a poco a poco vanno manifestandosi nella stessa Inghilterra che è pure stata seguace costante in tale materia della dottrina olandese; e ciò risulta pure da un breve cenno comparativo della

lotta fra quei due elementi nei varii paesi di Europa prima del nostro secolo.

141. — Secondo un sistema ideale di diritto internazionale privato le leggi relative allo stato ed alla capacità della persona non dovrebbero essere le sole suscettibili di applicazione estraterritoriale, ma tutte le leggi dovrebbero ricevere tale applicazione quando lo richiedesse una ragione intima di competenza in quanto lo consentisse la tutela del diritto pubblico dello Stato dove si voglia farle valere. A questo ideale non corrispondeva che molto imperfettamente la dottrina italiana (1) sia dal punto di vista della distinzione degli statuti sia da quello dei criterii della loro espansione oltre il territorio dello statuente. Quella dottrina però prima ancora d'avvicinarsi ad un sistema perfetto quanto al modo delle indagini, vi si avvicinò quanto ai risultati. Le dottrine che succedettero a quella erano più semplici nel modo dell'indagine e quella olandese, dati i principii fondamentali allora dominanti circa la sovranità, la società internazionale e i diritti dell'individuo, era anche la più corretta e la più atta ad uno svolgimento rigoroso e scientifico. Erano bensì quelle dottrine, e quella olandese più di tutte, massimamente lontane da un sistema ideale di diritto internazionale, e non poco inferiori alla dottrina italiana nei risultati e nelle conclusioni. Ma questi potevano essere gradatamente corretti e modificati sotto le influenze uniformi della coltura italiana e delle esigenze della pratica; nè è senza interesse esaminare brevemente, a proposito dei principali istituti, se ed in quale misura tali modificazioni si compissero.

In completa antitesi colla dottrina dell'estraterritorialità dello statuto personale era la dottrina olandese che affermava senza limite il principio della territorialità della legge. Secondo quella dottrina nessuna caratteristica personale acquisita da taluno nel territorio di uno Stato doveva per ciò solo essere riconosciuta nel territorio di un altro; e secondo Paolo Voet un carattere personale esclusivamente giuridico come la legittimazione (2) doveva ritenersi tanto limitato

(1) V. pag. 330-340.

(2) P. Voet, sect. IV, cap. III, § 15: " ..... quia tamen potissimum illa legitimatio fit ad effectum vel honoris, vel haereditatis consequendae, in quam nihil juris habet is qui in suo territorio legitimavit: existumarem illam legitimationem ad honores subeundos et haereditatem extra territorium capiendam, non sufficere ".

negli effetti al territorio quanto sarebbe limitata una caratteristica specialmente politica, com'è un titolo di nobiltà (1). Egli ammette un'azione indirettamente estraterritoriale della legge solo in ciò che può gravare i sudditi per beni posseduti in altro territorio (2), e che può regolare i loro rapporti se ciò risulti dal loro reciproco accordo anche fuori del territorio, mentre anche d'uno statuto intimamente personale come quello della maggiore età non ammette l'espansione oltre il territorio (3). E Giovanni Voet, mentre ripete la medesima soluzione quanto al legittimato, ribadisce diffusamente la dottrina della territorialità dello statuto personale, negando da questo punto di vista qualunque diversità fra gli statuti personali e quelli reali (4),

(1) L. c., § 16: " Idem quod dicendum de eo qui alibi extra territorium est nobilitatus. Etsi enim illa qualitas ei prosit, ibi locorum, ubi nobilitatur: non tamen proderit extra territorium nobilitantis ".

(2) P. Voet, sect. IV, cap. II, § 11 e 14.

(3) P. Voet, sect. IV, cap. III, § 4: " Verum, utrum eo ipso semet extendat extra statuentis territorium, idque ad omnem juris effectum, sic ut illa qualitas personam comitetur ubique locorum, id equidem admodum dubium est. Et licet id permulti velint, illis tamen, invita jurisprudentia, non potero assentiri ".

(4) J. Voet, *De Statutis*, VII: " Quidquid enim pro eo quod realia ultra territorium non operentur, adduci potest, personalibus eodem jure applicueris. Certe, ut realia, sic et personalia, a potestate statuentis vires accipere, potestatem vero statuentis esse territorio limitatam, nemo cum ratione ibit inficias; quia omnis magistratus extra fines potestatis attributae privata persona est, ac finita potestas, finita est jurisdictio... "; cap. VIII: " ... quae illa fuerit rei natura quae necessitas satis urgens, nedum licuit animadvertere..... Sed minus feliciter cum gratis assumatur, nunquam ratione sat firma probandum necesse esse, ut ab uno certoque loco status hominis legem accipiat. Quin potius, ut variis ex causis qui potest subjectus esse, vel ratione domicilii, licet bona nulla illic habeat, vel ratione rerum, licet illic ubi res sitae, larem non fixerit fortunarum suarum, ut ante dictum; ita nec absurdum fuerit, neque injustum, personam eandem pro vario rerum situ, ad disponendum de illis rebus habilem aut inhabilem esse, secundum qualitatem, quam loci cujusque lex personae, propter res ibidem sitas subjectae, imposuerit aut denegaverit; neque iniquum fuerit, personam ratione domicilii non subjectam, bonorum tamen contemplatione sequi territorii ac magistratus alterius jurisdictionem... Molestum quidem esse non diffiteor, aliquem uno in loco fore habilem, in altero inhabilem ad contrahendum, alienandum, testandum..... Perpetuo manet defectus remediorum quibus magistratus domicilii, judices locorum in quibus res sitae, pari imperio ac potestate praeditos obligarent ex necessitate ac constringerent natos habere aut infirmare dispositiones, de rebus secundum leges domicilii, sed non juxta legem vigentem in loco rei sitae factas. Neque cuiquam invidendum, aut vitio vertendum, quod legum suarum potestatem extendat quousque potest... Ut proinde, si cui hoc perquam durum videatur, cogitet

sia dal punto di vista degli eventuali vantaggi derivanti da accordi concedenti loro un'azione territoriale, sia da quello della impossibilità giuridica di invocare tale azione estraterritoriale senza la preesistenza di simili accordi. Nè meno assoluta conseguenza discende dai due primi assiomi dello Huber che, dal punto di vista della legge civile, non fanno veruna distinzione fra la soggezione dei sudditi propriamente detti e quella degli stranieri che si trovano nel territorio (1).

Senza bisogno di concessioni da parte di altre sovranità, due soli modi ha uno Stato di conferire indirettamente un'azione estraterritoriale alle proprie leggi; l'una tenendo conto soltanto di queste per giudicare della capacità dei sudditi in quanto si riferisce agli effetti prodotti nel territorio dai loro atti compiuti all'estero (2); e l'altra comminando, per certi atti compiuti dai sudditi in altro territorio, una pena della quale sarebbero passibili non appena ritornassero nell'interno dello Stato (3). Ma accanto a queste norme si sviluppano quelle destinate a temperarle, ispirate sia da una interpretazione larga del concetto di *statuto reale*, sia dall'applicazione del criterio della *comitas gentium*. Giovanni Voet, appunto dopo avere esposti alcuni altri temperamenti al sistema dell'assoluta ter-

longe durius et absurdius esse, pari per parem leges figi, ac legislatorem in suo territorio alienis alterius magistratus locique legibus adstringi; cogitet jus saepe durum quidem, sed tamen ideo non protinus iniquum esse. Sed et amplius, difficultates superius adductas, minus sufficientes esse ad probandum id, quod demonstrandum fuerat, patescet plenius, si easdem in realibus quoque statutis occurrere notaverimus „.

(1) Huber, *De conflictu legum*, II: “ ... De secundo videntur aliqui secus arbitrari, quando peregrinos legibus loci in quibus agunt, teneri negant... sed hanc positionem “ pro subjectis imperio habendos omnes qui intra fines ejusdem agunt „ certissimam esse, cum natura Reipublicae et mos subigendi imperio cunctos in civitate repertos, tum, id quod de arresto personali apud omnes fere gentes receptum est, arguit. Grot., 2, c. 11, n° 5 „.

(2) J. Voet, *De Statutis*, c. IX: “ Quae... dicta sunt non impediunt quominus qualitas subdito imposita a statuto domicilii eundem comitetur ubique locorum peregrinantem aut transeuntem, idque quantum ad bona in loco domicilii, non alibi, sita „.

(3) J. Voet, l. c.: “ Nec impeditum vide, quod domicilii judex legem possit condere, qua suo per domicilium subjecto, vetat quid facere circa res immobiles in alieno sitas territorio, vel etiam in alieno territorio quosdam exercere actus, poenam in secus facientem constituta; in quantum in eum reversum poenam comminatam executioni dare potest, vel etiam, absentia durante in bona illa, quae in loco domicilii ad eum pertinentia reperta fuerint, et ita judici domicilii subjecta „.

ritorialità delle leggi, ammette in generale che gli statuti personali diventino per effetto della *comitas* operativi in una certa misura fuori del territorio dello statuente, quantunque riconosca che ciò non potrebbe dedursi da regole certe, nè da principii unanimemente approvati dal mutuo consenso tacito delle nazioni (1).

Ed Huber assiomaticamente formula anche questa regola, che Giovanni Voet dal canto suo va applicando nelle stesse proporzioni ai varii casi particolari, affermando che: « Qualitates personales certo « loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari « cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure quo tales personae alibi « gaudent vel subjecti sunt, fruantur vel subjiciantur » (2), sicchè l'individuo soggetto a tutela od a cura od emancipato in un paese, tale debba restare in qualunque altro territorio (3). Huber non segue coloro che rendono praticamente concreta questa universalità estendendone gli effetti agli atti dovunque compiuti dal capace o dall'incapace, ma, limitando quella universalità allo *stato* della persona, non la estende in tutto alla sua *capacità*. Secondo il suo giudizio un figlio, incapace in Frisia di far testamento, che, trasferitosi in Olanda, vi redigesse una disposizione testamentaria, avrebbe disposto in modo valido quanto all'Olanda e ad ogni altro paese, eccettuata la Frisia, dove quel testamento sarebbe giudicato nullo. Se invece un cittadino della Frisia capace di fare testamento, risiedendo a Groninga dove non gli competerebbe secondo la legge locale tale capacità, vi facesse una disposizione testamentaria, tale disposizione a giudizio dell'Huber che approva una sentenza del 1643, sarebbe nulla, perchè tale secondo la legge del luogo dove la persona avrebbe agito (4). Paolo Voet ammette invece che la *comitas* renda possibile una più larga applicazione estraterritoriale della legge personale, concludendo per l'universale riconoscimento della interdizione anche nei riguardi dei beni (5), e

(1) J. Voet, l. c., cap. XVI.
(2) Huber, l. c., c. 12.
(3) Huber, l. c.: " Quia legibus rebusque judicatis aliarum civitatum in suos subjectos quaelibet aliae potestates *comiter* effectum tribuunt; quatenus suo suorumque juri quaesito non praejudicatur ".
(4) Huber, 13, 14, 15.
(5) P. Voet, sect. IV, cap. III, § 17: " Quid si in uno loco aliquis sit inhabilis ad administrandum declaratus... an ubique locorum pro inhabili censebitur, adeoque interdictum ad bona alibi sita extendetur?... Malim tamen id ita obtinere, non tam de jure, quam quidem de humanitate, dum populus vicini decreta populi comiter observat, ut multorum evitetur confusio ".

riservando però il diritto delle magistrature dei singoli paesi, di assegnare un tutore al pupillo in relazione ai beni che vi sono situati (1). Giovanni Voet cita a tale proposito un accordo fra le provincie d'Olanda e di Utrecht per unificare del tutto la competenza e l'azione del curatore estendendola anche ai beni immobili situati nei due territori, e adduce tali accordi, rilevandone i vantaggi, come esempii dell'ulteriore sviluppo consuetudinario della *comitas* (2), corrispondente del resto all'indirizzo storico del popolo dei Paesi Bassi (3).

Così si arrivava, per via di sviluppo della *comitas*, al concetto della universalità dello statuto personale formulato su questa base dal Burgundus (4) e dal Rodenburgh (5) e indipendentemente da quello da Abramo da Wesel (6). Se non che il Burgundus e lo Stockmans (7) non estendevano questa universalità dello statuto personale agli immobili dovunque situati e Rodenburgh (8) e Abramo da Wesel (9) sviluppavano l'esempio citato da Giovanni Voet. E mentre il Burgundus e il Rodenburgh escludono dall'universalità dello statuto personale le disposizioni che accordano o negano una capacità particolare, allo sviluppo ulteriore della *comitas*, sulla traccia dell'esempio citato da Giovanni Voet, era riservato di accomunare anche quelle disposizioni nel regolamento universale dello statuto personale.

(1) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 17: " ... Ne tamen videatur Judex domicilii quid extra territorium fecisse, non praejudicabit Judici loci, ubi nonnulla pupillaria bona sita, quin et tutorem pupillo ratione illorum bonorum scilicet immobilium, ibidem recte dederit " e § 18.

(2) J. Voet, *De Statutis*, § XVII: " Similique modo... inter eosdem conventione id actum, ut datus in loco domicilii curator bonis eorum, qui mortui sunt, aut foro cesserunt, aliorumque similium, jus et auctoritatem suam habeat in bonis, altero in territorio sitis, etsi in loco domicilii vel minima bonorum, vel minor creditorum pars inveniretur, et ut eodem in loco, in quo curator constitutus est, universale concursus judicium inter creditores agitetur. Et quantopere consensu mutuo... de suo remiserint summo jure... tunc in casibus supradictis, tum in aliis quae ad personalia statuta reduci possunt, abunde monstrant variae variis temporibus inter utriusque provinciae proceres interpositae transactiones ".

(3) Jitta, *La méthode du droit international privé*, La Haye, Belinfante frères, 1890, pag. 286, 7.

(4) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriae*, tract. II, n° 7.

(5) Rodenburgh, *De jure quod oritur de statutorum diversitate*, tit. I, cap. III, num. 1-5.

(6) Abram a Wesel, *Ad novellas Ultrajectinas*, art. 13, n° 25.

(7) Stockmann, *Decision. curiae Brabantiae*, Bruxelles 1670, dec. CXXV.

(8) Rodenburgh, tit. II, cap. I.

(9) Abram a Wesel, art. 13, n° 23.

La dottrina francese non prendeva le mosse rispetto a questo, come quella olandese, da un fondamento così negativo. Si ammetteva innanzi tutto che lo statuto personale seguisse la persona anche nei territori diversi da quello cui apparteneva e si partiva così da una base diversa da quella dei giuristi olandesi perchè, pur giudicando come regola tutte le leggi territoriali, si ammetteva in via di eccezione una categoria di leggi personali ed estraterritoriali nella loro applicazione. Questo carattere era ammesso anche dal D'Argentré in tutte le leggi che, regolando una capacità o una incapacità generale della persona, non dispongono contemporaneamente circa le cose. Egli negava per converso il carattere di leggi puramente personali e la conseguente attitudine alla applicazione estraterritoriale a tutte quelle che dispongono circa una capacità od incapacità speciale o circa le cose (1), e rispetto alle leggi personali producenti effetti sulle cose, come nel caso di alienazione di immobili posti in paese diverso da quello cui appartiene il disponente, faceva prevalere il diritto della persona su quello della situazione della cosa ogniqualvolta il disponente che sarebbe capace secondo questa è incapace secondo quella (2).

Il Dumoulin invece ammetteva che la legge disponente circa le persone in modo principale e in modo secondario circa le cose, ricevesse una applicazione estraterritoriale come legge personale quando fosse diretta a togliere un impedimento personale (3).

La lotta fra le due tendenze si manifestò in Francia nella defini-

(1) Argentraeus, *Ad juris Britannici*, tit. *De donationibus*, Gl. VI, §§ 6, 9, 14 e 22, pag. 439, note 1, 3 e 4, pag. 440, note 1 e 3 e pag. 441, nota 3.

(2) Argentraeus, l. c., §§ 47-49, v. pag. 439, 440; e Argentraeus, in titulum *Juris britannici, De minoribus*, art. CCCCLVII, Glossa II, § 2, ed. cit., pag. 283: " In petendis certe tutoribus domicilium nos in totum spectamus habitationis... "; § 3, pag. 283, 4: ... Ergo si quis domicilium habet facti, ibi tutor petendus est, sin non habet, ad paternum concurrendum... Ergo omissa illa originis et rerum consideratione, domicilii defuncti judex petendus est ad decernendas tutelas qui, ubi decreverit, non magnopere laborandum ubi bona sita sint, quod spectantibus eveniret interdum decem tutores dari pro rerum situ. § 4: Nam cum personae detur, consequens erit ei administrationem omnium bonorum ubicumque sita sint ut a residentia decerni ". V. Boullenois, *Questions sur les demissions de biens*, Quest. VI, pag. 263, n° 4. Paris, Quillan, 1727.

(3) Molinaeus, loc. cit., edit. cit., t. cit., pag. 556: " Quoties ergo statutum principaliter agit in personam, et in ejus consequentiam agit in res immobiles, non extenditur ad sitas in locis ubi jus commune vel statutum loci diversum est, nisi hoc faciat tollendo impedimentum personale, quod possit in suo subdito omnino tollere, ut jus patriae potestatis ".

zione più o meno larga dello statuto personale ed ebbe per risultato di comprendere a poco a poco in questo anche i due ordini di disposizioni che il D'Argentré voleva escluderne (1). E lo stesso dissidio agitavasi in Germania quantunque in forme e con proporzioni diverse. Mentre in Francia infatti la estraterritorialità dello statuto personale era considerata una eccezione alla regola imperante della territorialità di tutte le leggi, in Germania lo statuto reale consideravasi come una eccezione alla regola imperante della universalità dello statuto personale. Circa i limiti di questa universalità quando trattavasi di cose o di atti sorgevano non poche incertezze e divarii, ma i termini della questione erano posti in modo maggiormente favorevole alla più retta soluzione di quelle ed alla più pronta rimozione di questi (2). È infatti in questo modo che lo Herz pone la sua prima regola: « Quando lex in personam dirigitur, respiciendum est ad leges illius civitatis quae personam habet subjectam » (3). Ed egli la commenta nel senso di una vera universalità dello statuto personale (4), e questa fa risultare anche dai casi in cui ne fa l'applicazione (5).

142. — La legge che deve regolare le cose considerate in se stesse apparisce evidentemente essere quella della situazione. Ne indica la prevalenza da un lato un chiaro concetto di competenza, e dall'altro la stessa materialità delle circostanze in cui quelle cose si trovano. In tale rapporto la difficoltà consiste non già nell'ammettere in questi limiti la prevalenza della legge territoriale, ma nel mantenerla uniformemente in questi limiti impedendo nella teoria e nella pratica varii e più estesi concepimenti dello statuto reale. Tale difficoltà, che

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et qualité des statuts*, vol. I, pag. 89-101 e 139.

(2) V. pag. 446, 449, 450.

(3) Hertius, loc. cit., § VIII, pag. 123.

(4) Hertius, loc. cit., pag. 124: " at nos loquimur de lege, imprimente notam sive qualitatem subditi personae, quam ubique circumferat, etiamsi in alio territorio commoretur, et vi ejus jus aliquod agendi vel non agendi saltem per consequentiam nanciscatur. Hinc in uno loco infamis, ubique infamis habetur. Hinc tutor datus in loco domicilii etiam bona alibi sita administrat. Hinc qui in loco domicilii prodigus, major, aut minor annis declaratur, ubicumque locorum pro tali habetur ".

(5) V. i casi I, II, IV, V, VII, § XI, XII, XIV, XV, XVII, pag. 128-132 dai quali risulta che, fatta eccezione dai privilegi individuali concessi da un principe, le qualità personali dell'individuo sono regolate dalla legge del paese cui la persona appartiene anche nei riguardi (caso VII) dei beni situati in territorio dove la capacità sia diversamente regolata.

ancora ai nostri giorni è rivelata dallo studio comparato delle norme positive di diritto internazionale privato, appariva già nella indeterminatezza della dottrina dei giuristi italiani (1) ed appare ancora nelle divergenze successive delle dottrine e della pratica prevalenti in Europa circa tale argomento. Che gl'immobili considerati in sè debbano essere sottoposti in tutto alla legge del luogo della situazione non è chi ponga in dubbio: e in tale soluzione risultava unanime la dottrina dei varii paesi. Per gli Olandesi era questa una parte di tutto un sistema di territorialità cui la consapevolezza degli obblighi internazionali d'indole morale derivanti dalla *comitas* non poteva indurre a far eccezione.

Nella dottrina francese quella norma era pure una conseguenza della formula generale ammessa circa la territorialità delle leggi, cui in questo caso nessuno di quei giuristi voleva far eccezione. Il Dumoulin sosteneva, dando alla sua regola anche un significato più largo, che quanto alle disposizioni relative alle cose debba prevalere la legge della situazione (2). Nel sistema del D'Argentré tale regola risultava incontestata in un generale predominio della territorialità nel quale non sopravviveva come eccezione se non la estraterritorialità delle leggi, quanto all'oggetto, esclusivamente personali (3); e nello sviluppo ulteriore della dottrina francese, quando il concetto dello statuto reale si venne limitando e determinando, le leggi che riguardano gli immobili in se stessi considerati, formarono la prima e più importante categoria degli statuti reali (4).

Tale distinzione venne adottata anche in Germania (5) ed è riassunta nella regola dello Herz: « Si lex directo rei imponitur, ea locum habet, ubicumque etiam locorum et a quocumque actus celebretur ». Ma la stessa estensione attribuita nella dottrina germanica allo statuto personale importava per lo statuto reale una giustificazione di competenza in armonia colle norme più giuste del diritto interna-

(1) V. pag. 346-349.

(2) Molinaeus, l. c.: " Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res sita est, unde, sive dicat *Bona non veniant ad foeminas*, sive *foeminae non succedant* semper locum habet in bonis sitis intra fines suos ". V. pag. 338, nota 5 e 439, nota 1.

(3) Argentraeus, *Ad juris Britannici*, tit. *De donationibus*, art. CCVIII, Glossa VI, pag. 46-51, §§ 2-9, pag. 54, n. 2, 4, 5.

(4) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, cap. XXIX-XXXI.

(5) Brunemann, *Comment.*, in XII lib., Cod. Justin., lib. I, tit. I, *De Summa Trinitate*, L. Cunctos Populos.

zionale privato ed ispirava l'estensione dei suoi effetti così da imporvi limiti ben maggiori di quelli ad essa imposti nella dottrina francese (1). Il commento che lo Herz fa seguire alla definizione dello statuto reale dimostra come questo fosse contenuto nel suo sistema in quei limiti che sono consigliati dalle ragioni del diritto e della equità (2).

Circa i mobili, in quanto si riferisce alla loro definizione, alla loro commerciabilità ed alla perfezione dei diritti costituitivi, dovrebbe valere la medesima norma, cioè la prevalenza della legge della situazione. Invece l'opinione universalmente prevalsa era favorevole in tal caso all'applicazione universale dello statuto della persona cui le cose mobili appartenevano. Il Dumoulin afferma ripetutamente che « mobilia sequuntur « domicilium personae » (3); e il D'Argentré afferma in modo non meno esplicito la medesima regola (4). Però sotto le parvenze della identità, una notevole divergenza esiste a tale proposito fra i due giuristi. Secondo il D'Argentré quella regola doveva applicarsi ai mobili come una dipendenza dello statuto personale (5). Le cose mobili pertanto non erano considerate come aventi una situazione certa, ma soggiacevano, come accessorii (6) al principale, alla

(1) Hertius, loc. cit., § IX, pag. 125: " Fundamentum hujus positionis est, quod summa potestas, non tantum in subditorum personas sed etiam in bona immobilia qualiacumque territorio civitatis inclusa, se exserat. Multum enim momenti situm est in accurata bonorum etiam ad privatos pertinentium dispensatione ".

(2) Loc. cit., pag. 125, 6: " Sic ut fraudibus occurratur, multis in locis prudentissime est constitutum, ut nec obligatio nec alienatio praedii vim habeat, nisi factam coram judice, sub quo praedium est situm. ...Lex hujusmodi quoque non habet locum in bonis sitis extra illud territorium, sive extra imperii fines vim obligandi habet nullam ".

(3) Molinaeus, *Coutumes du Baillage de Senlis*, art. 140. Op. edit. cit., t. II, pag. 700, 1: " Respondi quoad mobilia ubicumque sita (quia sequuntur domicilium personae), e art. 172.

(4) Argentraeus, l. c., Glossa cit., pag. 46, § 4, pag. 57, § 30: " Sed de mobilibus alia censura est, quoniam per omnia ex conditione personarum legem accipiunt, et situm habere negantur, nisi affixa et cohaerentia, nec loco contineri dicuntur, propter habilitatem motionis et translationis ".

(5) Argentraeus, loc. cit.: " Quare statutum de bonis mobilibus vere personale est, et loco domicilii judicium sumit, et quodcumque judex domicilii de eo statuit, ubique locorum obtinet... observatio indubia mobilia personam sequi, nec situ judicari, aut a locis judicium accipere "; e in tit. *Juris Britannici, De Bastardis*, art. CCCCXLVII, Glossa V, § 2, pag. 223, *u*: "...Nam afficentiam personae et passionem sequentur mobilia, ut quod in personam actum sit in mobilibus obtineat, cedantque omnia ubicumque sita, domino locis judicantis, si quidem domicilium quoque sit "; e § 7, pag. 224.

(6) De la Lande de Calan, l. c., p. 98-100.

persona ed alla legge da cui questa è regolata. Secondo il Dumoulin (1) invece i mobili « censentur hic esse »; è una finzione giuridica che li collega al domicilio del proprietario ogni qualvolta devono esaminarsi come oggetti d'un rapporto giuridico. Secondo la soluzione del D'Argentré la legge dei mobili è personale; secondo quella del Dumoulin è reale.

Il risultato pratico immediato delle due soluzioni è identico, perchè, tanto secondo l'una quanto secondo l'altra, ai mobili si applica la legge del domicilio del proprietario; ma le due soluzioni meritano di essere distinte per gli sviluppi diversi di cui sono suscettibili. Estendendo ai mobili lo statuto personale essi devono soggiacere a quello in tutto, anche nella definizione delle loro caratteristiche giuridiche. Quando invece la situazione dei mobili è supposta al domicilio del proprietario, nell'esame dei rapporti giuridici cui questo è interessato, riesce possibile distinguere questi rapporti dalla considerazione delle cose singolarmente prese nella loro natura giuridica, nella loro commerciabilità, e nelle altre loro caratteristiche particolari, ed applicando al primo ordine di rapporti, per effetto della finzione giuridica, la legge del domicilio della persona, applicare alle singole cose, nel secondo ordine di considerazioni, la legge della situazione rispettiva. Fra i posteriori giuristi francesi, mentre il Boullenois (2) ed il Merlin (3) si pronunciavano per la soluzione del Dumoulin, il Bouhier (4) ed il Pothier (5) preferivano quella del D'Argentré; fra gli Olandesi il Rodenburgh (6), Paolo (7) e Giovanni Voet (8) sosten-

(1) Molinaeus, nota all'art. 41 delle *Coustumes générales du haut et bas pays d'Auvergne*, cap. XII, Op. edit. cit., t. II, pag. 747, col. 1: " ...Quia ex quo habet domicilium, mobilia censentur hic esse...

(2) Boullenois, *Quest. sur les démissions de biens*, Quest. VI, pag. 100. Paris, Quillan, 1727.

(3) Cfr. Portalis ap. Merlin, *Répertoire*, v. *loi*, § VI.

(4) *Observations* cit., ch. XXV, n° 1 e segg.

(5) Pothier, *Traité des choses*, partie II, § III: " Les meubles... n'ont de situation en aucun lieu, quand même il y auraient toujours été, et par conséquent ne sont régis que par la loi du domicile de cette personne ", e *Introduction générale aux coutumes* ", Chap. I, § II, n° 24: " Les choses qui n'ont aucune situation sont les meubles corporels, etc... suivent la personne à qui elles appartiennent et sont par conséquent régis par la loi ou coutume qui régit cette personne, c'est à dire par la loi du lieu de son domicile ".

(6) Rodenburgh, *De jure quod oritur etc.*, tit. II, cap. 2, n° 1 e tit. I, cap. II.

(7) P. Voet, sect. IV, cap. II, § VIII.

(8) J. Voet, l. c., § XI.

nero la prima, Burgundus quella del D'Angentré (1). Questa fu pure preferita in Germania non come una finzione giuridica ma come un riconoscimento di competenza della legge del domicilio (2). E lo Herz la ascrive allo statuto personale trattandone in quel capitolo dove definisce le leggi relative precipuamente alla persona (3) e nei casi cui viene analiticamente applicando le regole prima formulate (4).

Tale dottrina presentava il vantaggio d'allargare il campo d'operazione dello statuto personale, ma col danno di ritardare il riconoscimento universale della distinzione secondo la quale ai mobili considerati in un complesso di diritti personali doveva applicarsi, dovunque fossero situati, l'unica legge della persona di cui si trattava, mentre ai mobili individualmente considerati nella loro commerciabilità, nella loro natura e nei loro modi di acquisto doveva applicarsi la legge della situazione; ma non pochi di quelli che la professavano e in Francia e in Olanda ed in Germania arrivavano con una felice distinzione a riservare nei riguardi delle cose individualmente considerate e in quelli del fôro, la prevalenza della legge della situazione (5).

I redditi poi dovevano di necessità seguire una norma diversa ogni qualvolta gravavano beni immobili risultando per effetto di ciò non già un accessorio della persona cui spettavano, ma della cosa sulla quale erano costituiti, e ciò tanto nei riguardi del fôro (6) quanto in quelli del diritto materiale che vi si doveva applicare. La distinzione

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriae*, tract. 2, n° 20.

(2) *Praxis Moderna*, edit. cit., Erstes Buch, § III, pag. 4: " Die beweglichen Gütere werden nicht nach den Statuten desjenigen Orts allwo sie gelegen oder allwo der über dessen Erbschafft die Klage angestellet wird, gerstorben ist; sondern nach desselben Orts Statuten da er seine Wohnung gehabt, geurtheilet. Denn solche unter der Jurisdiction derjenigen Obrigkeit desselben Ortes stehen, an welcheme in solcher Hauss-Vater dieselben stets hat, oder perpetuirlich zu haben beschlossen hat... Dahero saget man auch *quod mobilia ossibus defuncti inhæreant*, da denn per *ossa* nicht der Mensch, sondern sein domicilium zu verstehen... Fals aber man nichts gewisses von seinem domicilio haben kan, muss man nach den Statuten des Orts da er gebohren, gehen ".

(3) Hertius, loc. cit., § VIII, pag. 124: " in mobilibus rebus evidens est, ut prout eae in alterutro domicilio continentur, ita ejusdem legibus subsint ".

(4) Loc. cit., § LII, casus XLII.

(5) J. Voet, lib. V, tit I, *De judiciis*, § LXXVI e Gaill, Mynsinger, Struvio, Vinnio e Brunemann da lui citati.

(6) *Journal de Jurisprudence pour l'année* 1764, octobre. Bouillon 1764, pag. 9-11, n[i] 6 e 9.

è fatta da Paolo Voet sottoponendo come un accessorio alla legge della persona i redditi annui costituiti in varie provincie e non gravanti immobili, e sottoponendo invece alla legge rispettiva degli immobili i crediti gravanti su questi (1). Nella determinazione locale dei redditi v'era poi dissidio tra la dottrina prevalsa prima in Italia e poi in Francia anche nella giurisprudenza che preferiva il domicilio del creditore ravvisando nel credito una cosa che gli apparteneva, e la dottrina professata da Guy Coquille che preferiva il domicilio del debitore ritenendo che il credito fino alla sua estinzione si trovi presso di lui. Dei possibili domicilii diversi del creditore si faceva prevalere a seconda dei casi o l'ultimo, o quello esistente all'origine del rapporto giuridico cui quei crediti erano connessi (2).

Il concetto generalmente ammesso che lo stato e la capacità della persona soggiacciano alla legge del paese cui la persona appartiene, e l'altro concetto pure generalmente ammesso che gli immobili in sè siano subordinati alla legge della loro situazione, non potevano evitare fra le particolari soluzioni dei giuristi, numerosi dissidii e conflitti per ciò che poche leggi riguardano esclusivamente le persone senza riflettersi sulle cose, e poche relative alle cose non implicano un'azione indiretta anche sulle persone. Ora appunto nel caso di tali disposizioni miste, le due tendenze combattendosi riempiono del loro antagonismo tutta la storia del diritto internazionale privato. La tendenza ispirata alla ricerca della competenza ed alla più completa tutela del diritto, trarrebbe a sottoporre alla sorte degli statuti personali tutte le disposizioni che, comunque e sebbene in via secondaria, si riferiscano anche alle persone. La tendenza feudale e territoriale tenderebbe a limitare al territorio dello statuente l'azione di tutte le leggi che non si riferiscono esclusivamente alle persone. E la storia del diritto internazionale privato nei varii paesi rappresenta il moto variamente veloce e variamente deciso dalla prevalenza di quest'ultima norma a quella della norma antecedente. Il Dumoulin, quantunque in via del tutto eccezionale (3), ammette pure qualche caso in cui la legge rela-

(1) P. Voet, sect. IX, cap. I, § 13: " Vel enim talium redituum nomine sunt affecta immobilia, id est super immobilibus sunt constituti, et immobilibus erunt adscribendi, adeoque statutum loci situs spectabitur, vel immobilia affecta non sunt illis reditibus, tumque mobilibus poterunt accenseri atque adeo statutum loci personae, cujus illi sunt reditus, inspici debebit ".

(2) Boullenois, *Dissertations*, pag. 213.

(3) V. pag. 461, nota 3.

tiva in via principale alle persone ed in via secondaria alle cose, debba ottenere un'applicazione estraterritoriale come legge personale. Il D'Argentré invece esclude del tutto tale soluzione sostenendo che, appunto perchè dispongono anche delle cose, quegli statuti si trasformano in reali (1). Molti giuristi francesi posteriori non accolgono in tutto l'opinione del D'Argentré; per esempio il Thaumassière (2) ammette che anche nei rapporti misti, alla capacità delle persone debba applicarsi lo statuto personale; e la dottrina si modifica finchè il Bouhier assimila gli statuti misti dove prevalga la considerazione della persona e quelli dove di quella prevalenza si possa dubitare, agli statuti personali (3). Fra gli Olandesi il Burgundus, criticando il D'Argentré, vorrebbe arrivare ad una soluzione analoga a quella del Thaumassière (4), e quantunque il punto di partenza di quella dottrina fosse la territorialità assoluta delle leggi, pure si accennò (5) come per effetto della *comitas* si potesse giungere all'applicazione estraterritoriale di una norma di legge relativa alle persone anche in quanto si riferiva ai suoi effetti sulle cose. Così Giovanni Voet, quantunque si riferisca in questo argomento al D'Argentré, pure agli statuti (6) dà il carattere di reali soltanto nel caso che riguardino principalmente la cosa, ed a questo temperamento si attiene (7) anche negli esempi che dà delle applicazioni della *comitas*, segnando così, anche nel paese dove si professava più rigidamente la territorialità delle leggi, un indirizzo verso un più largo concetto dello statuto personale.

(1) ARGENTRAEUS, l. c., ad tit. *De donationibus*, art. CCXVIII, § 8, 9, 22, pag. 47, 48, 53 (v. pag. 439, n. 3): “ Ex quibus intelligi potest statuta quantumlibet concepta in personam, rerum mixtura evadere in realia, et legem capere a statutis situs ”.

(2) THAUMASSIÈRE, *Coutumes générales de Berry*, Préliminaires, n° 28 e 29, Bourges 1701, ap. LAINÉ, op. cit., vol. I, pag. 383.

(3) BOUHIER, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, cap. XXIII, n[i] 59 e 69.

(4) BURGUNDUS, *Ad consuetudines Flandriae*, tractatus I, n[i] 1 e 2.

(5) V. pag. 451-5.

(6) J. VOET, *De Statutis*, cap. II: “ Personalia sunt quibus principaliter de universali vel quasi universali personae statu, qualitate, habilitate, vel inhabilitate, disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio, sive de rerum etiam sermo sit; si modo principalis intentio statuentis non sit de re aliquid, sed de persona disponere... III. Realia ex adverso, quae rem principaliter afficiunt, et circa rem aliquid disponunt, sive personae mentio facta sit, sive non; si modo primaria statuentis mens sit, non de personis, sed de rebus disponere ”.

(7) V. pag. 452, nota 4.

143. — Nel giudicare dei contratti era naturale che, dal punto di vista della competenza, si riconoscesse un vincolo fra le parti contraenti e la magistratura del luogo dove il contratto era stato stipulato (1). La competenza di quella a giudicarne apparisce infatti se non assoluta, almeno concorrente (2) e ne risulta così un'eccezione tanto alla regola che voleva riservato alle persone il fôro nazionale, quanto a quella che attribuiva una competenza esclusiva a giudicare delle cose all'autorità del paese dove quelle siano situate. Si riconosceva che agendo nei confini di un dato territorio così nei limiti del lecito definito dalla legge come in opposizione alla legge stessa (3), l'individuo creava fra sè e la sovranità territoriale un certo vincolo di sudditanza particolare che Coccejo formulava con molta precisione (4). Ed è applicando lo stesso concetto che Paolo Voet ascriveva tutte le azioni personali dipendenti da un contratto non eseguito, alla competenza della magistratura del luogo d'origine del contratto (5) estendendo la stessa

(1) V. pag. 349, 350.

(2) Duck, op. cit., lib. 2, cap. 8, pag. 150 *v*, § XV: " Cognoscunt Conestabilis et Marescallus in Curia Militari... de contractibus factis apud exteros... „; pag. 151, *r*, *r*, § XVII: " Cognitio Contractuum in Regionibus exteris initorum ad hanc etiam Curiam spectat. Ita Pountneyus sub Henrico IV egit contra Borneium Militem pro MXX libris Anglicis ei mutuo datis Burdegalae in Vasconia, coram Conestabili et Marescallo... Frequentissima sunt exempla rerum in hac Curia judicatarum, de omnibus generibus Contractuum Civilium in regionibus exteris celebratorum... Et generaliter apud nos receptum videtur, cognitionem contractuum in Regnis exteris initorum ad hoc forum, contractuum vero infra dominia Angliae celebratorum ad juris Anglicani tribunalia pertinere „.

(3) Carpzovius, *Responsa*, edit. cit,, lib. V, tit. I, Resp. I, § 5, 6: " Non aliter res se habet in reliquis Imperii Romano-germanici Provinciis, quae suas aeque habent leges ac consuetudines provinciales, quarum vigor enim etiam obliget forenses, si in illis Provinciis contrahant vel agant „.

(4) Henr. de Cocceji, *Ad Hug. Grot.*, lib. I, cap. III, § V. Propositio VII, edit. cit., t. I, pag. 252: " ...Quicquid autem interea temporis ab ipsis (advenis) agitur, id potestate quoque ejus, qui territorio praeest, continetur, quia dum agunt v. gr. contrahunt, vel delinquunt sub ea potestate sunt...; (advenae transeuntes) si quid in transitu forte contraxerunt vel delinquerunt, conveniri et detineri possunt: illud enim sub potestate ejus territorii continentur, eaque inde fundari potest „ e *Comment.* ad lib. II, cap. XIV, § VIII: " Nam extraneus quoque subditus esse potest quoad certum actum, si scilicet in alieno territorio contrahit vel delinquit... „. T. II, pag. 77.

(5) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 20: " ..... Quod si contractus sit imperfectus, aget in loco contractus qui restitui vult, quia etiamnum durat forum contractus..... Quam etiam decisionem extendere solent ad casum, quo agitur ad observantiam ipsius contractus, qui nondum est consummatus „.

norma anche ai quasi-contratti (1). Giovanni Voet poi affermava corrispondere alla consuetudine prevalente ed alla *comitas* presunta fra le nazioni l'ammissione di prevalenza del fôro del contratto quando vi si trovi il convenuto o vi abbia beni che possano essere sequestrati, e corrispondere alla *comitas* espressa mediante convenzioni anche una ammissione più estesa del fôro del contratto (2). La giurisdizione di altri paesi era anche più larga nell'attribuire la competenza al fôro del contratto. Quella inglese riduceva ad esso per via di finzione la competenza del fôro diverso da quello della origine del contratto (3) anche quando un intimo motivo di ordine personale sarebbe bastato a giustificarlo. La giurisdizione francese formulava la stessa prevalenza nei rapporti fra le varie giurisdizioni interne, ma in modo estensibile (come tante altre regole di diritto internazionale privato e colla riserva degli immobili) ai rapporti di diritto internazionale (4).

Circa la soggezione degli individui alla legge del luogo del con-

(1) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 19: " ... an conveniendus (tutor vel curator) ubi domicilium fovet, an ubi administravit? Resp. Affirmatur posterius si modo ibidem reperiatur. Quod ex quasi-contractu conveniatur ad exemplum contractus..... Et licet Groeneweg, *ad. d. l. Cod. Ubi de Ratiocin.*; nostris et Gallorum moribus..... statuat tutorem rationes reddere teneri coram eo judice, qui eum non nominavit, quamvis alio loco tutela gesta sit, id tamen de moribus nostris verum non videtur..... Caeterum si de ratiociniis publicis agatur, ad utilitatem publicam spectantibus principaliter; curator vel administrator conveniri poterit in loco ubi administravit, sive ibidem reperiatur, sive non... „.

(2) J. Voet, *Comment. ad Pand.*, lib. V, tit. I, § LXXIII: " Ratione contractus forum competens sortitur reus eo in loco, in quo contractus vel quasi contractus celebratus seu perfectus est, si modo reus illic inveniatur, aut bona habeat, quae possint eo absente ibi judicis auctoritate possideri, cum quo et jus canonicum consentit et mores hodierni... Jure tamen singulari inter Hollandos Zelandosque quid convenerit de debitorum zelandorum bonis in Hollandia per Hollandos, jurisdictionis gratia non sistendis, de debitoribus tamen zelandis in hollandico contractus loco repertis ad litis contestationem adigendis et viceversa dixi tit. *De in jus vocando*, lib. II, tit. IV, § XXXII.

(3) Duck, op. cit., lib. 2, cap. 8, § XVIII, pag. 151 *v*, *fr*: " Sed horum contractuum cognitio ad forum juris anglicani postea deducta fuit ex fictione, declarando hos contractus in aliqua parte Angliae initos fuisse, nam apud nos jam receptum esse videtur, si Anglus alterius Angli bona in Regionibus exteris abstulerit, vel Anglus cum Anglo contractum aliquem inierit, posse de his agi in foro juris anglicani, supponendo res fuisse ablatas aut contractus initos in aliquo loco hujus Regni „.

(4) *Recueil de Factums et Mémoires*, Lyon, Anisson et Posnel, 1710, vol. I, pag. 542-549.

tratto quanto alla capacità personale si potevano avere tre soluzioni diverse. O la soggezione particolare dei contraenti, operativa nei riguardi della competenza, si prendeva per una speciale sudditanza, ed in tal caso della capacità delle parti si doveva giudicare secondo la legge vigente nel luogo del contratto, come si fece per esempio nel diritto inglese. O si adottava la dottrina della territorialità circa le cose immobili, ed al diritto della situazione di queste soggiaceva anche la capacità della persona che voleva disporne e questa limitazione, sotto l'influenza della tradizione feudale, ebbe molto ascendente in Europa. O si distingueva il fôro che la persona implicitamente eleggeva coi proprii atti, dalla legge cui quella persona per fatti preesistenti era soggetta, e secondo questa si voleva regolato l'apprezzamento della sua capacità ad obbligarsi (1). O, pur ammettendo questa soluzione come regola, la si escludeva eccezionalmente per tutelare il contraente indigeno che aveva stipulato in buona fede un contratto con uno straniero credendolo capace (2) e si adottava in via eccezionale e per motivi di utilità la norma della sovranità locale relativa alla capacità dei contraenti che, secondo la prima soluzione, avrebbe dovuto stipularsi in ogni caso.

Il progresso del diritto internazionale privato rispetto al regola-

(1) Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 11-15: " Eoque facit quod in casu converso docet Andr. Tiraq. post Baldum aliosque ab ipso allegatos, Mulierem Pictavicam etiam extra territorium Pictaviae contrahentem, necessum habere, secundum Statuta Pictavica, consensum viri adhibere, ne scilicet Statutum fiat elusorium..... et quod contractus non valeat, haut servata forma, quae respicit habilitatem, sive inhabilitatem personae. Ex quo si alicui est bonis interdictum, interdictio hujusmodi ubique vim habet, non solummodo in loco interdictionis, et suspensus ab officio vel excommunicatus, ubique intelligitur suspensus et excommunicatus..... ac quovis in loco vim suam extendit sententia, quae afficit personam..... Quod si ergo contrahens extra territorium etiam statutis domicilii sui obligatur, utique ceu forensis non tenebitur Statutis loci in quo contrahit „. Cont. il Carpzovius, loc. cit., § 24, 25 sostenendo: quod circa substantiam contractuum attendi debeat statutum et consuetudo loci ubi actus celebratur; ma confondendo colla sostanza dell'obbligazione le condizioni di capacità delle parti e sostenendo: quod mulier habens domicilium in terris Saxonicis, extra territorium Saxonicum absque Curatore valide contrahat..... e § 18 quod mulier extranea quae alibi quam in ditionibus Saxonicis degit, valide contrahere nequeat in territorio saxonico nisi adhibuerit Curatoris consensum secundum jura Saxonica. E la stessa questione in Carpzovio, *De juribus foeminarum singularibus*. Dec. III, posit. I, § 17-21 e dec. IX, posit. IV, § 4 e 7.

(2) V. pag. 350, note 2 e 3.

mento internazionale dei contratti, si estrinsecò sopratutto sottoponendo anche le convenzioni relative ad immobili (1), alle regole comuni relative alla capacità (2), e sottomettendo questa alla legge personale del contraente straniero anche quando l'interesse del contraente indigeno esigesse una decisione diversa. Il primo progresso ebbe una importanza pratica del tutto relativa finchè non fu generalmente riconosciuto agli stranieri il diritto di possedere beni immobili e di disporne; il secondo, d'importanza pratica immediata molto maggiore, a poco a poco si compiva, ed affermavasi in Francia sulla base d'intime ragioni giuridiche (3) e nei Paesi Bassi su quella della cortesia internazionale (4).

144. — L'accordo fu ben presto raggiunto in quanto si riferiva alla soggezione dei contraenti alla legge del luogo del contratto per la validità formale di questo (5), affermata già da Bartolo come una conseguenza della giurisdizione (6). Questa regola dell'impero della legge

(1) Tale regola era, almeno nella sua applicazione negativa, ammessa anche dal D'Argentré quando ricercava se un parigino (maggiore di età, secondo la legge del suo domicilio, soltanto a 25 anni compiuti) potesse prima del venticinquesimo anno alienare un fondo situato in Brettagna dove la maggiore età si compiva a vent'anni. Egli rispondeva negativamente perchè (loc. cit. § 47, pag. 74): " Quotiescumque de habilitate aut inhabilitate personarum quaeratur, toties domicilii leges et statuta spectanda. Nam de omni personali negotio, judicis ejus cognitionem esse cui persona subsit, sic ut quocumque persona abeat, id jus sit quod ille statuerit... § 49: Ex quo evenit, ut si civis Parisiensis de bonis quae in Britannia habet contrahat, necesse habeat annum XXV aetatis expectare, quia tale est Parisiorum statutum, a quo personae habilitas spectanda est, etiamsi Britannia incolas suos faciat majores ab anno vigesimo ".

(2) Ciò risulta, a differenza del Carpzovio, dai commenti dell'Herz alle regole da lui formulate circa la legge della persona e la legge dell'atto. Op. cit., l. c., § VIII e X.

(3) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXII, n° 57.

(4) Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. II, cap. I, n° 1 e G. Voet, *De Statutis*, § XVIII.

(5) Buzzati, *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*. Torino, Unione Tipografico-Editrice 1894, cap. I, § 8 e segg., pagina 20-49 e cap. III, § 18, pag. 118-125.

(6) Bart. in C., tit. I, *De Summa Trinitate*, L. Cunctos Populos, § 13, 14 e 26; Herz, loc. cit., § X, t. " *Regula tertia sit*: " Si lex actui formam dat inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae ": " id est, si de solemnibus quaeratur, si de loco, de tempore, de modo actus, ejus loci habenda est ratio, ubi actus, sive negotium celebratur. Regula haec apud omnes, quantum quidem sciam, est indubitata ".

del contratto sulla forma degli atti, fu la prima deroga all'altra regola antica secondo la quale la legge locale non dovrebbe essere imperativa sugli stranieri (1), ed iniziò un ordine di norme non pertinenti allo statuto personale perchè non seguono le regole relative alla capacità della persona, nè allo statuto reale perchè non soggiacciono alle regole relative alle cose cui pur gli atti si riferiscono. A tale argomento si riferisce il Dumoulin (2) che conferma del tutto quello analogo di Bartolo nella prima delle sue conclusioni, seguìto poi in ciò da tutta la successiva dottrina francese.

Paolo Voet giunge alla stessa conclusione facendo eccezione per il principe e per coloro che volessero contrattare all'estero in *fraudem legis* (3). Ad evitare poi la taccia di contraddizione col suo sistema di territorialità assoluta, in quanto ammette gli effetti della legge del luogo del contratto quanto alle forme anche negli altri paesi, fa risultare egli pure la prevalenza di quella legge da una specie di volontaria sottomissione alla sovranità, delle parti che hanno stipulato nel suo territorio (4). Collo stesso argomento della soggezione volontaria delle parti l'Huber suffraga quell'applicazione universale dello statuto del luogo della stipulazione alla forma degli atti, che è il primo corollario dedotto dal suo terzo assioma (5), pur escludendo da questa norma

(1) Hertius, loc. cit.: " Valet haec regula etiam in extero qui actum celebrat; licet enim hic subjectus revera maneat patriae suae, tamen illud, ut supra dicimus, de actu primo est intelligendum, quoad actum vero secundum subditus illius loci fit temporarius, ubi agit vel contrahit, simulque ut forum ibi sortitur, ita statutis ligatur..... Valet etiamsi bona in alio territorio sint sita..... nam heic non principaliter de re statuitur, sed de forma negotii in alio loco gesti quaeritur, in qua cum nihil vitii sit, haud dubie ubique valere, et secundum eam jus dici debet ".

(2) Molinaeus, *Conclusiones de Stat. et consuetud. localibus*, Prima conclusio: " Aut statutum loquitur de his, quae concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus, et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci, ubi actus celebratur ". Edit. cit., t. III, pag. 554, col. 1.

(3) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 9, eccez. 1 e 3.

(4) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 9: " Quid si de contractibus proprie dictis, et quidem eorum solemnibus contentio; quis locus spectabitur; an domicilii contrahentis, an locis ubi quis contrahit? Resp. Aff. Posterius. Quia censetur quis semet contrahendo, legibus istius loci, ubi contrahit etiam ratione solemnium subjicere voluisse. Ut quemadmodum loci consuetudo subintrat contractum, ejusque est declarativa, ita etiam loci statutum " e § 20.

(5) Huber, l. c., c. 2: " Qui in loco aliquo contrahit, tamquam subditus temporarius legibus loci subjicitur..... "; c. 3: " Inde fluit haec positio: Cuncta negotia et acta... secundum jus certi loci rite celebrata, valent etiam ubi diversa juris observatio viget, ac ubi sic inita, quemadmodum facta

il caso in cui il contratto formalmente valido in un paese, offendesse in un altro, dove lo si volesse far valere, certe norme di ordine pubblico (1). Giovanni Voet facendo una categoria speciale (2) di statuti misti di quelli relativi alle forme e solennità degli atti, vi riconosce, per effetto della *comitas*, un'assoluta ed universale efficacia nel determinare la validità degli atti stipulati nei territorii ad essi soggetti, relativi a cose sia mobili che immobili e facendo eccezione soltanto per il caso che le parti si rendano colpevoli di *fraus legis* (3). E dopo avere sviluppata questa regola nelle sue ragioni e nelle sue applicazioni, Giovanni Voet la dimostra unanimemente accettata al suo tempo in Belgio, in Olanda, in Spagna ed in Germania.

Fra i giuristi di quest'ultimo paese (4) il Carpzovio riferisce la norma e la giustifica cogli argomenti proprii e coll'autorità della giurisprudenza (5) e il Mynsinger, riferendo anche la giurisprudenza

sunt, non valerent. E contra negotia et acta certo loco contra leges ejus loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum qui in loco contractus habent domicilium, sed et illorum qui ad tempus ibidem commorantur „ e c. 4.

(1) Huber, l. c., c. 3: " Sub hac tamen receptione; si rectores alterius populi exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem „.

(2) J. Voet, *De Statutis*, § IV.

(3) J. Voet, *De Statutis*, § X, dove sviluppa le conseguenze dello stretto diritto e § XIII, dove sviluppa quelle della *comitas:* " Neque minus de statutis mixtis, actus cujusque solemnia respicientibus, percrebuit, insuper habitis de summo cujusque jure ac potestate ratiociniis, ad validitatem actus cujusque sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, praescripserit observandas; sic ut quod ita gestum fuerit, sese porrigat ad bona mobilia et immobilia ubicumque sita aliis in territoriis, quorum leges longe alium, longeque pleniorem requirunt solemnium interventum; quod ita placuisse videtur, ne in infinitum prope multiplicarentur et testamenta et contractus, pro numero regionum diverso jure circa solemnia utentium...; quia et probabiliter aliorum locorum solemnia ignorare potest, et in loco in quo actum gerit peritiores morum alienae regionis non satis consulere „.

(4) Hertius, v. pag. 472, nota 6 e 473, nota 1.

(5) Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. 1, Resp. I, § 7, 8, 14: " Exemplum esto: Statuta Budissini, Civitatis in Lusatia, venditionem domus non aliter ratam ac firmam habent, nisi: 1. Solutio pretii intra annum et diem promissa; 2. Fidejussores indemnitatis positi; 3. Traditio clavium judicialiter facta; 4. Et contractus venditionis archivio publico fuerit insinuatus: Hisce solennibus a forense ibidem contrahente haut observatis, num contractus subsistet? Non equidem: Judicavit Senatus Budissin. Mens. Jun. an. 1627 dato hujus tenoris decreto: " dass der Contract aus Mangelung derer darzù gehö-

della Camera imperiale (1), negava la validità di atti fatti fuori del domicilio nelle forme valide sia in questo territorio del domicilio sia in quello dov'era situata la cosa immobile ch'era oggetto del contratto, ed affermava la validità universale dell'atto compiuto in un territorio anche da stranieri ed anche circa cose situate altrove, osservando le forme valide secondo la legge vigente in quel territorio.

Giovanni Voet nel caso di atti giuridici compiuti da una o più persone fuori del loro paese, ammetteva l'applicazione concorrente della legge del luogo del contratto e di quella del domicilio delle parti o della situazione degli immobili suffragando la sua opinione cogli argomenti della competenza e con quelli della equità (2). Per tali eccezioni si pronuncia anche lo Herz (3) ed in questo senso finisce per pronunciarsi dovunque, e non solo limitatamente alla validità dell'atto nella patria delle parti, la dottrina e la pratica (4) arrivando alle attuali eccezioni facoltative alla regola *locus regit actum*.

rigen *requisiten* nicht bestandig etc. „. Provocante autem parte laesa ab hoc decreto..... Exinde tamen Appellans correctionem sententiae haut obtinere potuit, sed fuit ea confirmata in Senatu appellationum termin. Mart. anno 1625 „.

(1) Mynsinger, *Singulares Observationes Imper. Camerae Centuriae* VI, edit. V, Helmaestadii, Brandes MDXCIV, *Centur*. V, observ. XX, § 4 e 5: “ .....receptior opinio est, etiam in judicando in Camera obtenta, tale statutum produci quoque extra territorium, quo ad hoc, ut in bonis ubique etiam extra territorium sitis..... Vulgo enim receptum est, statuta permittentia id, quod secundum juris communis dispositionem in genere quidem permissum est, sed ratione solemnitatis, de qua statuto disponitur, prohibitum, extra territorium vigorem suum producere: non quidem, ut talis actus, secundum solemnitatem statuti extra territorium etiam a subdito celebratus, sit validus, sed ad hoc, ut intra territorium, etiam a non subdito celebratus, ubique locorum teneat: non tantum in his bonis, quae habuit in loco, ubi actus geritur, sed in omnibus ubique locorum sitis „.

(2) J. Voet, l. c., § XV: “ ..... maxime cum hac ratione, defendens sui statuti potestatem, non conturbet, aut subvertat alibi bene gesta, atque adeo nequaquam alterius territorii magistratibus ullam videri possit injuriam facere... Cumque justum sit, ut indignus habeatur statuti beneficium, qui illud non servavit sed contra illud fecit, ex adverso aequissimum fore, nullus jure negaverit, gaudere statuti beneficio eum, qui isto usus est, quantum ad bona in territorio statuentis sita „. V. P. Voet, sect. IX, cap. II, § 9, eccez. 4.

(3) Hertius, *De collisione legum*, sect. IV, § X, pag. 128: “ Non valet si actus a solo agente dependeat v. g. testamentum, et hic sit exterus; vel si actus inter duos celebretur v. g. pactum et uterque paciscens sit exterus et unius civitatis cives. Dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriae factum in patria valere.

(4) Lainé, vol. II, pag. 397-407; Buzzati, op. cit., cap. IV, § V, pag. 142-154.

Nel regolamento della sostanza dei contratti si sviluppò analogamente a quello della forma il concetto della sottomissione alla legge del luogo dove il contratto era stato stipulato. Tale applicazione era pur giustificata dalla scelta espressa o presunta delle parti e perciò poteva limitare nel campo importantissimo dei rapporti obbligatorii l'assoluta territorialità delle leggi, pur senza offendere i principii fondamentali su cui questa si fondava. Il contratto infatti era regolato dalla legge del luogo della sua origine perchè a questa le parti stipulandolo avevano voluto sottoporsi, e le conseguenze immediate di un contratto o d'un quasi-contratto volevansi regolate secondo la medesima legge perchè questa rappresentava la presunta e tacita volontà delle parti (1). Così, trasformata nel suo titolo dalla volontà delle parti ma non nella sua essenza, la legge civile conseguiva anche secondo i più rigorosi sistemi di territorialità del diritto, un vasto campo di applicazione estraterritoriale. Secondo il Dumoulin l'indagine della volontà delle parti induceva a sottomettere la sostanza del contratto al diritto del luogo della stipulazione; il modo della esecuzione dovea regolarsi secondo la legge del luogo fissato dal contratto per l'esecuzione (2), e nel caso di rapporti obbligatorii dove mancasse un contratto espresso la legge prescelta per presunta volontà delle parti doveva ritenersi quella del domicilio (3).

Prevaleva dunque la massima che le disposizioni dovessero interpretarsi secondo il diritto del paese dov'erano redatte (4) e da quella derivarono a poco a poco due altre massime più importanti. Si riteneva cioè che dalla stessa legge dovesse essere completata l'espressione incompleta della volontà delle parti, e che ogniqualvolta una o più persone si fossero astenute dal regolare espressamente un rapporto giuridico che la legge permetteva loro di regolare secondo il loro arbitrio, dovesse quel rapporto intendersi regolato, per presunta volontà di quelle, secondo il diritto vigente nel loro paese. La legge di un paese in tal guisa, trasformato il suo contenuto mediante l'adozione espressa o presunta negli accordi fra le parti, poteva acquistare

(1) Grot., *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. XI, § V, n° 2: " Quare etiamsi peregrinus cum cive paciscatur, tenebitur illis legibus, quia qui in loco aliquo contrahit, tamquam subditus temporarius legibus loci subjicitur ".

(2) Molinaeus, *Conclusiones* cit., l. c.

(3) Molinaeus, l. c.

(4) *Recueil*, cit. vol. I, pag. 524. Factum pour M. le prince de Couty contre Mad. la duchesse de Nemours.

secondo le stesse dottrine ispirate alla territorialità come quella di Paolo Voet, un'applicazione estraterritoriale anche relativamente ai beni situati in diversi territorii (1), e conferire in molti casi per questa trasformazione formale del contenuto della legge e per effetto della *comitas* un effetto estraterritoriale alla legge della persona (2).

Ad incertezze ed a conflitti potevano pur sempre prestarsi e si prestavano l'interpretazione e l'applicazione di tali regole. E ciò avveniva specialmente quando, circa le conseguenze mediate o immediate del contratto, si dissentisse circa il prevalere della legge d'origine o di quella di esecuzione (3) e quando alla legge del contratto si volessero sottomettere anche (4) le condizioni di capacità delle parti. Ma prevale abbastanza chiaramente la regola dell'universale regolamento così della validità formale come del carattere sostanziale del contratto.

Tale universalità di regolamento dei rapporti obbligatorii, sia che derivasse immediatamente ed in modo esclusivo dalla volontà delle

(1) P. Voet, sect. IV, cap. II, § 15: " Ut etiam, si statuto in uno territorio, contractus accesserit, seu partium conventio, etiam si in rem sit conceptum, sese extendet ad bona extra jurisdictionen statuentium sita, non ut afficiat immediate ipsa bona, quam personam quoad illa; ad quae contractus aut conventionis ratione jus est quaesitum "; sect. IX, cap. II, § 10: " Quod si de ipso contractu quaeratur, seu de natura ipsius contractus, seu iis quae ex natura contractus veniunt..... etiam spectandum est loci statutum, ubi contractus celebratur... quod ei contrahentes semet accomodare praesumantur "; § 14: " ...de literis cambii... spectandus est locus ad quem sunt destinatae et ibidem acceptatae " e § 15.

(2) J. Voet, *De Statutis*, § XIX: " Sed ut haec quisque potest expressa voluntate, ita et, quominus a talium statutorum dispositione, per tacitam praesumptamque voluntatem recedat, nihil vetat. Cumque quilibet novisse praesumatur, aut saltem scire facile possit, domicilii sui jura, non item leges omnium regionum, per quos forte locupletioris alicujus dispersa inveniuntur immobilia, consequens est ut, et praesumamus, unumquemque contrahentem circa res suas in dubio voluisse id agere... quod dictat nota ipsi domicilii lex, eo quod si aliud voluisset in contrahendo, potuisset alium nominatim pacisci. — Unde vulgatum illud profluxit, quod quisque in dubio censeatur, se conformare voluisse in contrahendo et adaptasse sui domicilii statutis ".

(3) Hertius, loc. cit., § X, pag. 127, elimina questa incertezza affermando: " Idem dicendum de solutione. Non obstat forum fieri competens in loco destinatae solutionis, sive ubi ex contractu aliquid praestandum est. Nam diversa ratio est judicii, cujus praecipuus scopus est executio; diversa ratio legis quae actum vult rite fieri et secundum formam praescriptam. Summopere autem heic notandum, ne inter ea quae contractus consequuntur, vel ex iis profluunt, habeamus extrinsecus et ex accidenti subsequentia contractus ".

(4) V. pag. 447, e Carpzovius, *Responsa*, lib. V, tit. I, Resp. I, § 11-27.

parti, sia che derivasse mediatamente dalla legge, trovava un limite necessario e, in caso di varie interpretazioni, una causa di conflitti, nel regime dei beni immobili, laddove il diritto territoriale conteneva una disposizione proibitiva non esistente nel paese del contratto o in quello delle parti (1); un altro limite trovava nel paese di queste quando il diritto in quello non permettesse ai cittadini di derogare mediante i proprii patti dalle disposizioni della legge; ed un limite trovava in ogni altro paese dove le sue conseguenze avessero eventualmente dovuto farsi valere se in quello avesse offeso l'ordine pubblico dello Stato o i diritti garantiti ai cittadini dalla legge locale (2).

145. — Nell'ordinamento del matrimonio le regole relative alla capacità dei coniugi dovevano uniformarsi nei singoli paesi al sistema adottatovi per il regolamento della capacità della persona in generale. Se pertanto questa si collegava per i contratti in genere alla legge del paese cui appartenevano le parti, a quella faceva d'uopo riferirsi per constatare la capacità di coloro che volevano contrarre matrimonio; e se per tutti gli atti compiuti in un territorio la legge di questo applicava le proprie norme anche alla constatazione della capacità, a più forte ragione quelle stesse norme si dovevano applicare alla capacità nel caso del matrimonio.

Due fattori però contribuivano a far sì che, sotto certi rispetti, avessero impero nel matrimonio più che negli altri contratti le norme vigenti nel territorio della celebrazione. Alcune norme, quantunque relative alla capacità, interessavano infatti evidentemente l'ordine pubblico del paese dove il matrimonio era celebrato, così da non potersi permettere rispetto ad esse, nemmeno laddove la capacità sottoponevasi di regola allo statuto personale, che vi si contravvenisse nemmeno da stranieri invocando la legge del proprio paese (3). Una influenza preponderante anche nei riguardi della capacità doveva poi avere il diritto ecclesiastico vigente nel territorio. Non era istituito

(1) J. Voet, l. c., § XX; Herz, loc. cit., § X: " ..... Non valet ubique si lex non tantum de solemnibus, sed etiam de rebus quae in actum deducuntur, principaliter disponat; haec enim vim habere non potest extra territorium ubi lata est, propter regulam in § IX ".

(2) Huber, l. c., c. 11 e G. Voet, l. c., § XVIII. Herz, l. c., § X. " Non valet si forma illa alterius civitatis publico juri adversetur; v. g. si privilegium tribuat ".

(3) V. nª 2 e Schilter, *De jure peregrinorum*, cap. XXXIII, vol. I, pag. 112.

ancora il matrimonio civile, non era in uso il matrimonio consolare, due persone non potevano contrarre un regolare matrimonio se non per opera del ministro del culto, e questo trovava nelle norme giuridiche della propria chiesa e in quelle concordate nel suo paese fra la Chiesa e lo Stato, una norma relativa non soltanto alle forme ma anche alla capacità; norma dalla quale esso non poteva allontanarsi e che pertanto implicava in molti casi la necessità di una certa territorialità di diritto applicata anche alla capacità nel matrimonio dei forestieri.

Per lo stesso motivo non era così frequente come ai nostri giorni la possibilità di conflitti circa la forma del matrimonio, poichè la identità delle forme necessarie e sufficienti non lasciava per lungo tempo luogo all'indagine circa l'applicazione della regola *locus regit actum* e circa il suo negato riconoscimento fuori del paese della celebrazione. Però nè tale identità (1) fu mai senza eccezioni, nè durò dopo il trionfo della Riforma in una parte notevole d'Europa, e dopo la varia applicazione delle norme del concilio di Trento, negli altri paesi del continente europeo. Ma affermatasi così la divergenza delle varie leggi circa le forme valide del matrimonio, ed acquistata in tal guisa un'importanza pratica ben superiore all'antecedente dall'indagine relativa alla regola *locus regit actum*, questa non fu meno pienamente adottata (2). Anzi la si adottò in generale così completamente che non solo i giudici francesi riconobbero ripetutamente la validità dei matrimonii celebrati all'estero fra protestanti francesi da ministri protestanti (3), ma in alcuni casi si ammise anche la validità di tali matrimonii celebrati fuori del territorio fra cattolici (4) davanti a ministri evangelici, e il De Beaumont (5) cita l'autorità della stessa Chiesa di Roma in favore di tale soluzione affermativa.

(1) Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung*, Leipzig 1865 e Friedberg-Ruffini, *Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Torino, Bocca, 1893, lib. V, cap. III, § 153, V, 5, 6, pag. 622.

(2) Hertius, loc. cit., § X: " Matrimonium juxta solennitates loci alicujus, ubi sponsus et sponsa commorabantur, contractum, non potest praetextu illo rescindi, quod in domicilio aut patria mariti aliae solennitates observentur ".

(3) *Mémoire pour le S.rs et D.lles Potin contre la D.e et D.lle Desjardins par M.* Elie de Beaumont, avocat au Parlement de Paris: *Journal de jurispr.* cit., février 1764, pag. 73-87; mars, pag. 146-162.

(4) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois etc.*, vol. I, pag. 474.

(5) Decisione solenne del 19 gennaio 1603, resa dalla Congregazione dei cardinali, e diretta ad Ottavio Frangipani, nunzio in Germania, che ricono-

I rapporti personali e patrimoniali fra marito e moglie, quantunque ispirati in generale dal concetto di una certa subordinazione di questa al marito, erano regolati molto più variamente nelle varie legislazioni. La soggezione assoluta e senza limiti del diritto inglese (1) era molto temperata in altre legislazioni, nè la dottrina francese seguiva in tutto il rigore che ispirava al D'Argentré la sollecitudine di proteggere un essere debole (2), ma insieme con quella germanica ne limitava la incapacità e la disciplina ai limiti richiesti dal bene della famiglia (3), come aveva fatto modificando il concetto e i limiti romani della patria potestà (4).

Ed ancor più erano divergenti le legislazioni circa gli effetti del matrimonio sui beni dei coniugi. In alcuni paesi si applicava completamente quel principio che Tacito (5) aveva constatato imperare fra i Germani del suo tempo: che cioè la moglie dovesse essere in tutto, anche nei beni, compagna e socia del marito, e tale norma era stata adottata dal diritto sassone, e in quello del Brunswick, di Amburgo e di Lubecca; in altri paesi la comunione si limitava agli acquisti d'ogni specie fatti durante il matrimonio, in altri ai mobili; in altri ancora ai mobili ed agli acquisti. E tale comunione risultava secondo una legge in un condominio, secondo un'altra in un usu-

sceva la validità dei matrimonii di cattolici celebrati in Olanda da un ministro protestante. V. pag. 479, nota 3.

(1) Blackstone, libro I, cap. 15, III, vol. I, pag. 441: " ... the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidatet into that of the husband, under whose wing, protection, and cover she performs everything...; e libro IV, cap. 2, VI, 1, vol. IV, pag. 27, 8... in some cases the command or authority of the hus band, eitger expressed or implied, will privilege the wife from punishment even for capital offences ".

(2) Argentraeus, in tit. *Juris Britannici*, *De jure connubiorum*, I, § 8, pag. 5: " .....ex quo necesse erat, mulierum patrimonia saepe periclitari, aut vi, aut blanditiis, et imbecillum animal exponi artificiis maritorum "; e art. CCCCXIX, Glossa II, § 5, pag. 129, e art. CCCCXXIIII, Glossa I, § 2, pag. 165: ".....Alioqui maritorum impulsu et clavicularіis arcanis de bonis mulierum multa possent alienari fraude ipsarum, et heredum, interpositis emptoribus, sine metu recompensationis, non praestando auctoritatem, et ficta ignorantia ".

(3) Struvius, lib. I, tit. VII, § VIII, n. *z*, pag. 31, 2: " ... ipsaque maritalis potestas demum iis limitibus est circumscripta ut solo jure dirigendi absolveretur ". Cfr. e. l. Ludovici, *Dissertat. De jure et jurisprudentia domestica*, cap. II, § XV e segg.

(4) Struvius, lib. I, tit. V, § II, pag. 16, 17 e n. *q*.

(5) Tacit., *De morib. Germ.*, cap. XVIII.

frutto, o in una nuda proprietà, od unione dei beni; in un territorio decorreva dalla celebrazione delle nozze, in un altro dalla consumazione del matrimonio, in un altro infine cominciava dopo un anno di vita coniugale (1).

In così grande diversità di ordinamenti era pertanto sommamente importante la ricerca della norma di diritto internazionale privato applicata nei diversi paesi al regime coniugale dei beni, sia che i coniugi avessero sia che non avessero stipulato un contratto di matrimonio. E intorno a questo istituto si sviluppò appunto quella dottrina del contratto tacito che fu nei sistemi di diritto internazionale privato fondati sulla territorialità, il più operoso fattore dell'applicazione estraterritoriale della legge civile. Se v'era un contratto, la volontà delle parti doveva valere dovunque come legge del rapporto giuridico salvo i limiti imposti nel paese della situazione dei beni, quando non fosse stato quello stesso cui appartenevano le parti, dalle esigenze del diritto pubblico. In ciò il D'Argentré (2) andava sostanzialmente d'accordo coi giuristi italiani e col Dumoulin. Ma se un contratto di matrimonio non era stato stipulato fra i coniugi, allora si manifestava un dissidio (3) assoluto fra le due tendenze.

Secondo il D'Argentré in tal caso non si poteva parlare d'una uniformità di regime matrimoniale valida in tutti i paesi dove la famiglia avesse avuto interessi economici, perchè d'un lato la volontà delle parti, che sola avrebbe potuto valere oltre i limiti di un solo territorio, non si era manifestata, e dall'altra la volontà del legislatore d'un paese non poteva farsi valere nel territorio d'un altro. Lo statuto pertanto che stabiliva la comunione dei beni fra coniugi era per sè, secondo il D'Argentré, uno statuto reale, sicchè gli sposi domiciliati a Parigi, che vi avessero contratto matrimonio senza stipulare convenzioni matrimoniali, non potevano pretendere che la comunione

(1) Hoffmann, *Dissertat. de donat. propter nuptias*, § I.

(2) Argentraeus, *Ad juris Britannici*, tit. *De donationibus*, l. c., § 27, 31 e 33, pag. 60: "..... dispositio de realibus a statuto inducta non amplius excurrit, quam quantum sese territorii fines protendunt: sed quod conventione aut pacto inter contrahentes convenit, nullis metis includitur, sed personam aeternum sequitur quocumque deferatur persona... ".

(3) V. pag. 356, 7, e Argentraeus, l. c.: " Nec quod a lege disponitur de rebus, includit ullam personarum obligationem, nec conventione innittitur, nisi quidem et conventio personalis adjecta sit legali, quod aliquando potest accidere, nec tamen semper ".

dei beni esistente fra loro per legge nel territorio del domicilio, si estendesse anche ai beni situati sotto l'impero delle leggi che non ammettono come legale un tale regime dei beni (1).

Il Dumoulin invece riannodandosi nella soluzione preferita alla scuola dei giuristi italiani (2) e nella sua giustificazione più particolarmente a Baldo (3), riteneva che nel caso del matrimonio contratto senza stipulazione di una convenzione nuziale, si avesse pur sempre una convenzione tacita e sosteneva che tali convenzioni dovessero produrre lo stesso effetto che quelle espresse (4). Sicchè com'egli riconosceva che si dovesse ricorrere per l'interpretazione delle clausole d'un contratto esistente, così sosteneva che si dovessero attingere come volute dai coniugi e come clausole d'un contratto tacito le disposizioni della legge vigente al domicilio del marito (5). E siccome la legge di tale domicilio valeva, secondo il Dumoulin, come un contratto tacitamente stipulato dalle parti, così il suo effetto sul regime patrimoniale doveva estendersi anche al di là dei confini del paese dei coniugi per ogni specie di beni loro appartenenti (6). Tale dottrina aveva l'effetto sostanziale di conferire illimitata estraterritorialità di effetti alla legge personale della famiglia, rispetto ad uno dei rapporti che più frequentemente possono essere occasione di conflitti di diritto internazionale privato.

Il D'Argentré escludeva del tutto tale soluzione; ma se tutti non seguirono completamente il Dumoulin (7), non mancarono fra gli stessi

(1) Argentraeus, l. c., §§ 28, 29, 30, 31, 32, 33.
(2) V. pag. 357.
(3) Bald. in l. *Exigere dotem*, Dig. *De judiciis*, § 2.
(4) Molinaeus, l. c.: " ..... non tam agitur ex consuetudine vel statuto, quam ex tacito pacto ".
(5) Molinaeus, l. c.: " Hinc infertur ad quaestionem quotidianam de contractu dotis et matrimonii, qui censetur fieri non in loco, in quo contrahitur sed in loco domicilii viri, et intelligitur non de domicilio originis sed de domicilio habitationis ipsius viri, de quo nemo dubitat... ", pag. 555, col. 1.
(6) Molinaeus, l. c.: " Non solum inspiciatur statutum vel consuetudo primi illius domicilii, pro bonis sub illo sitis, sed locum habebit ubique etiam extra fines et territorium dicti statuti... et hoc indistincte sive bona dotalia sint mobilia, sive immobilia ubicumque sita... Ratio... procedit in vim taciti pacti ad formam statuti... Ergo istud lucrum statutarium proprie non est, sed conventitium seu pactionale ", pag. 555, col. 2.
(7) Argentraeus, loc. cit., § 33, pag. 60: "... Minime probaverim... quod Molinaeus a simplici consuetudinis dispositione elicit partium conventionem et pactum, citra ullam conventionem partium adjectam consuetudini rationem non habet. Alia enim vis et ratio, aliud principium et causa obligationis

seguaci del primo quelli che accettarono in tutto od in parte la teoria del contratto tacito. Così fra i seguaci del D'Argentré, la accetta senz'altro il Challine (1), e, relativamente ai mobili, il Basnage (2); mentre fra i Parlamenti quello di Parigi adottava la soluzione del Dumoulin e quello di Bretagna e di Normandia preferiva lungamente quella del D'Argentré. Ma il principio del Dumoulin era destinato a sopravvivere, a prevalere ed a passare come norma preponderante nel diritto francese moderno, precorrendovi l'applicazione della legge nazionale della famiglia considerata, in mancanza di contratto, come la più competente a regolare il rapporto giuridico.

A quella dottrina fu dovuto se nei Paesi Bassi, dove pur la territorialità della legge aveva così incontrastato impero, potè penetrare il concetto dell'unità del patrimonio nei rapporti economici fra coniugi. Paolo Voet si limitava ad ammettere che le disposizioni di uno statuto, accolte nelle proprie stipulazioni dalle parti, s'estendessero anche ai beni situati in altro territorio (3), salvo la territorialità delle disposizioni proibitive di leggi vigenti negli altri paesi (4);

quae a lege inducitur, alia ejus quae ab facto et conventione partium proficiscitur... Sed quae ejusmodi sunt non amplius virium habent quam quantum a lege accipiunt, lex non amplius quam a legislatore, legislator non plus quam quantum territorii habet... „; pag. 61, *f*: " Necesse igitur est a lege haberi quod a conventione non habeatur, imo et casu aliquo haberi nequeat, in quo scilicet sedere consensus non possit. Quod si a simplici legis aut statuti dispositione conventio personalis inferri posset, consequeretur statutis omnibus inesse conventiones, falsissima illatione, cum multum ubique intersit inter provisionem legis aut hominis.....; (pag. 62 *u*, *r*): Quare non est putanda statutaria aut legalis dispositio transire in conventionalem, sic quidem ut diversum aut alium per se effectum producat, aut vero ullum praeter eum qui a statuto est...; pag. 63: sic nec ista fictio de assensu conjugum sumpta confert titulum contractus, aut conventionis ullius specificae, aut stipulationis conventionalis...; pag. 65:... denique censeo... simplici contractu matrimonii, nullo pacto adjecto de communioni conjugali, nullam subintelligi partium communionem ex conventione, ex eoque statutariam per se ultra territorium suum non proferri, et conventionalen nullam induci „.

(1) Challine, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, pag. 248, ap. Lainé, vol. I, pag. 363.

(2) Basnage, *Œuvres*, vol. II, pag. 78, Rouen 1778, ap. Lainé, vol. I, pag. 368.

(3) P. Voet, sect. IV, cap. II, § 15 e 16: " ... Qua ratione, si statuto hujus loci inter conjuges bona sint communia, vel pactis antenuptialibus ita conventum sit, ut omnia, ubique locorum sita, communia forent; etiam ad illa, quae in Frisia jacent, ubi nonnisi quaesitorum est communio, dabitur actio ut communicentur „.

(4) P. Voet, l. c., § 5, 6, 7.

ma quando non fosse stata stipulata una convenzione fra i coniugi, pur sembrando inclinare per la dottrina del Dumoulin (1) egli finiva, a proposito della comunione dei beni, per limitare ai singoli territorii l'effetto delle disposizioni di legge relative al loro patrimonio (2). Ma lo Huber seguiva in tale argomento del tutto il Dumoulin, non solo riferendosi alla legge del domicilio coniugale per interpretare e per completare i patti espressi, ma estendendo, in mancanza di questi, ai beni situati dovunque, le disposizioni di quella legge del domicilio considerate anche da lui come elementi d'un contratto tacito (3) e riconosciuti anche negli altri territorii per effetto della *comitas*. Tale è pur la regola adottata da Giovanni Voet che la giustifica non diversamente dal Dumoulin col principio del contratto tacito (4), applican-

(1) P. Voet, sect. IV, cap. III, § 2.

(2) P. Voet, l. c., § 9: " ... Quid statuendum de variarum Provinciarum in Belgio consuetudine vel potius statuto, quo inter conjuges... bonorum inducitur communio, nisi pactis sit exclusa dotalibus, reali ne statuto adnumerabitur, an potius personali?... negari non poterit quin (illa communio statutaria) reali statuto sit connumeranda; ut ad bona alibi sita, ubi contrarium obtinet statutum, reales effectus non exerat ". Claudius De Ferrière (ap. Herz, loc. cit., § XLVI, pag. 144. n. 2) distingue pure la comunione stipulata da quella tacita e ritiene applicabile la prima e non la seconda agli altri territorii; Herz, loc. cit., § XLVII: " Ut adeo facile intelligatur, errasse etiam Consultator Batavorum quando, p. 6, cons. 74, existimavit, inter conjuges Hollandos, communione bonorum utentes, non esse praedia communia, quae in Frisia habent. Neque valet ejus argumentum *immobilia sequi leges loci ubi sunt sita*. Nam cum non obstante statuto, societas bonorum tacito coniugum pacto nitatur, non potest inspici locum rei sitae ".

(3) Huber, l. c., c. 9: " ... jura et effecta contractuum nuptiarumque in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt. In Hollandia conjuges habent omnium bonorum communionem, quatenus aliter pactis dotalibus non convenit; hoc etiam locum habebit in bonis sitis in Frisia, licet ibi tantum sit communio quaestus et damni, non ipsorum bonorum. Ergo et Frisii conjuges manent singuli rerum suarum, etiam in Hollandia sitarum, domini... Ratio dubitandi quod leges alterius reipublicae non possint alieni territorii partes integrantes afficere; sed responsio est duplex; Prima non fieri hoc vi Legis alienae immediata, sed accedente consensu Potestatis summae in altera Civitate, quae legibus alienis in loco suo exercitis praebet effectum; sine suo suorumque praejudicio, mutuae populorum utilitatis respectu, quod est fundamentum omnis hujus doctrinae. Altera responsio est, non tantum hanc esse vim legis, sed etiam consensum partium bona sua invicem comunicantium, cujus vi mutatio dominii non minus per matrimonium quam per alios contractus fieri potest " e § 10 e 11.

(4) J. Voet, *De Statutis*, § XIX: " ... eoque fundamento nititur, quod bonorum omnium communio, quae in loco domicilii contrahentium nuptias ex statuto viget, ad omnia bona sese porrigat, etiam in iis sita locis, ubi sta-

dola ad ogni specie di beni. E nell'applicazione che lo Herz fa della medesima regola riappare lo stesso impero della legge del domicilio giustificato dalla volontà tacita delle parti (1).

146. — Come nel contratto si riconosceva universalmente una certa prevalenza della legge delle parti su quella dell'oggetto, così si riconosceva una certa preponderanza nel testamento alla legge personale della successione; non però senza limiti che si verificavano così rispetto all'istituto stesso, come rispetto ai suoi varii fattori. La capacità delle persone era infatti secondo tutti elemento di statuto personale, ed unico ne doveva essere il regolamento, ma quando la volontà della persona esercitavasi nella disposizione degli immobili, allora si manifestava il dissidio. Secondo lo spirito della dottrina italiana (2), pur riservando ogni possibile divergenza circa la legge che doveva regolare la validità intrinseca delle disposizioni, la capa-

tutaria bonorum communio ignota est; quodque viceversa ea non obtinet, ubi matrimonium ineuntes domicilium fovent in loco, ex cujus statuto sola ac quaestuum communio recepta est, licet conjuges bona possideant illic sita, ubi universalis communio lege stabilita est... „.

(1) Herz, loc. cit., sect. IV, § XLVI, casus XXXVI: " Titius in cujus domicilio nulla societas bonorum inter conjuges est, bona habet in extero territorio, ubi societas universarum fortunarum viget, sed in alio loco contrahit nuptias, ubi societas bonorum tantum, sive simpliciter ita dicta obtinet; quaeritur, cujus loci jura praevaleant? — Plerique volunt locum domicilii praevalere..... Alii contrarium statuunt..... Nobis ita videtur: Locum nuptiarum non posse inspici, quia supposimus maritum ibi esse advenam, et sponsam ipso nuptiarum die in ejus domicilium concedere..... Cui consequens est, utrumque conjugem in illo loco esse exterum. Fallit igitur hoc in casu regula, quae actum vult regi a loco actus..... Sed nec locum rei sitae intueri possumus..... Cur igitur? nimirum, quia statutum hoc non est simpliciter imperativum, quippe quod diversum pacisci sive expresse sive tacite conjugibus permittat. Ex quo porro sequitur, societatem hanc absolute sive simpliciter statuto vel consuetudini, tanquam caussae principali, non adscribendam, sed potius facto a lege ita informata imputandam..... Quandoquidem societas etiam tacite contrahitur...... Conjuges autem in loco domicilii (juxta cujus leges obligationes, velut personarum qualitates, dirigi solent, ut saepe diximus) de societate bonorum non cogitaverint, nec verisimile sit, in aliis locis, ubi bona habent, diversum voluisse..... omnino concludendum est, ad domicilium mariti tantum, ubicumque etiam locorum bona sita fuerint, flectendos esse oculos. — § XLVII, casus XXXVII..... societatem bonorum non tam in statuto fundari quam in pacto conjugum tacito..... Una est exceptio, si lex prohibitoria alterius territorii obstet..... Haec enim cum in rem sit concepta et prohibitoria..... praeterea bonorum et familiae conservationem respiciat, communione bonorum alibi a conjugibus inita tolli non potest „ e § XLVIII e XLIX sugli effetti del mutamento di domicilio.

(2) V. pag. 363-367.

cità del testatore doveva giudicarsi secondo la sua legge personale. Laddove invece imperava nei rapporti privati internazionali il sistema della territorialità delle leggi si giudicava della capacità a disporre dei beni immobili situati in un determinato territorio secondo le disposizioni del diritto in quello vigente anzichè secondo la legge personale. Lo stesso Dumoulin infatti, dopo aver ammesso in genere il regolamento unico della capacità personale (1), fa poi eccezione, quando si tratti d'immobili, della capacità a testare, rispetto alla quale riconosce rigorosamente territoriale ogni disposizione limitatrice delle facoltà del proprietario (2). Tale riserva, senza distinzione di disposizioni permissive e proibitive, passò nella dottrina e nella pratica francese, la quale, ritrosa in altri rispetti ad accogliere la dottrina del D'Argentré (3), era preparata ad accoglierne in tutto, quando si trattava di successioni, la massima che cessi d'essere personale uno statuto quando, oltrechè alla persona, si riferisca anche ai beni. Poi si modificarono alquanto la dottrina e la giurisprudenza e si distinse di bel nuovo la capacità a testare dalla sostanza delle disposizioni, ascrivendo la prima anche nei riguardi degli immobili allo statuto personale (4) e sottoponendo le forme alla legge del luogo dove fu redatto il testamento.

Tali temperamenti furono pure ammessi per le proprietà private immobiliari anche in Germania (5). Al testamento si applicò, quanto

(1) Molinaeus, l. c.: " Aut statutum agit in personam et tunc non includit exteros, sive habilitet sive inhabilitet personam..... Praeterea si statutum dicit: Quod filius familias possit testari, subditus filius familias poterit ubique testari etiam de bonis sitis ubique, quantum ad ipsum jus testandi..... „ pag. 556.

(2) Molinaeus, l. c.: " Si vero statutum dicit absolute: " vir non possit legare uxori vel contra „ ligat subditum...: sed non pro fundis alibi sitis... Sed peregrinus testans in loco dicti statuti, poterit legare uxori; quia non subest statuto nisi legaret bona immobilia sita sub dicto statuto... Si dicat: " Quod minor 25 annis non possit testari de immobilibus..... agit in certas res... et sic est reale..... Unde statutum loci inspicietur, sive persona sit subdita sive non... „ pag. 556.

(3) Argentraeus, *Ad juris Britannici*, tit. *De donationibus*, Glossa VI, § 29, pag. 56: " Eadem dispositionum statutariarum, eadem contractuum, eadem testamentarium ordinationum lex putanda..... Quod statutum Francicum de eo permittit domiciliario suo, nos valere non patiemur in Britannia, ubi lex nostra prohibet, de rebus soli praesertim „.

(4) D'Aguesseau, ediz. cit., vol. X, arringa 54, pag. 260-270.

(5) Schilter, *De jure peregrinorum* (pag. 114, vol. I), § XL: " ...Diversa autem ratio est statuti circa personas aliquid disponentis. Id enim ad forenses

alla validità formale, la regola *locus regit actum* (1) nei riguardi dei beni situati in qualunque territorio (2), salvo le esenzioni di persone specialmente privilegiate (3) e i limiti dell'ordine pubblico (4) e salvo pure il carattere facoltativo in parte riconosciuto, quanto agli effetti nel paese d'origine del testatore, all'impero della norma di legge dell'atto (5). Quanto alla validità sostanziale si tenne conto del diritto vigente all'ultimo domicilio (6) e delle disposizioni assolutamente imperative e proibitive vigenti nel territorio della situazione dei beni immobili (7).

I giuristi e la giurisprudenza dei Paesi Bassi adottarono invece

extendi nequit, cum nemo personam sibi non subditam habilem vel inhabilem reddere possit (Gaill, *Practicae Observationes*, Observatio CXXIV, § 15), licet bona in territorio illo possideat..... Adeoque major est statuti potestas, quoad solemnitatem testamenti, quam quoad personae habilitatem vel inhabilitatem „.

(1) *Institutionum Imperialium Praxis Moderna*, edit. cit., Erstes Buch, IV, pag. 6: “ ..... Zumahlen eine solcher letzterer Wille nach den Statuten desselben Orts wo er aufgerichtet, allemahl auch ausserhalh Landes, und was die Güter, so anderswo gelegen, betrifft, gültig ist, ob selbiger gleich sonsten wann er an denselben Ort, da die Güter gelegen, aufgerichtet worden wäre, nicht gelten könnte „; Herz, loc. cit., § X: “ ..... heic non principaliter de re statuitur, sed de forma negotii in alio loco gesti quaeritur, in quo, cum nihil vitii sit, haud dubie ubique valere..... „.

(2) Loc. cit, pag. 7: “ Ist dannenhero ein solches Testament, das vermöge eines Orts Statuten oder Herkommen in Gegenwart zweyer oder dreyer Zeugen, aufgerichtet, auch anderswo Gültig, allwo eine grössere, Anzahl der Zeugen, erfordet wird, so gar, dass der eingesetzte Erbe in den Gütern, sie seynd gelegen wo sie wollen, auch extra territorium, succediren könne... Und dieses aus der Ursach, weil, was die Solennitates betrifft, auf das Herkommen eines Orts, allwo ein solcher actus gehalten, gesehen wird. Notanda circa hanc materiam verba acutissima Strauchii Dissertat. Quinque Accademic. tertia de Constit. Princip. th. 35. — Quo loco, inquit, quis moritur advena, secundum ejus loci regulas testamentum conditum valet circa bona ubicumque sita „.

(3) Hertius, loc. cit., § 10: “ Non valet si exterus ob certam aliquam justamque caussam legi civili populi apud quem moratur non sit obstrictus ut Legati eorumque Comites... „ e Sectio V.

(4) Hertius, loc. cit.: “ Non valet si forma illa alterius civitatis publico nisi adversetur „.

(5) Loc. cit.: “ Non valet si actus a solo agente dependeat v. g. testamentum, et hic sit exterus. Dubitandum enim non est actus a talibus secundum leges patriae factum, in patria valere „.

(6) Loc. cit.: “ Non tamen valet Testamentum extra Provinciam Saxonicam conditum quoad Geradam, si Testatrix, mutato domicilio se conferat in Provinciam Saxonicam, ubi vita fungatur „.

(7) Gaill., *Practicae Observationes*, lib. II, Observat. CXXIV, § 14.

nell'apprezzamento della capacità a testare il criterio del D'Argentré. Paolo Voet non solo ascrive allo statuto reale le incapacità speciali a testare (1), ma vi sottopone anche le disposizioni d'indole generale relative alla capacità (2) combattuto in ciò da Abramo da Wesel, ma seguìto da Giovanni Voet, dalla legislazione della sua patria (3) e dal diritto inglese (4). Del contenuto del testamento la scuola italiana tendeva a giudicare secondo un unico criterio applicabile a tutta la successione, fosse quella attinta al diritto della origine o a quello del domicilio (5). Ma questa soluzione, che necessarii limiti deve subire dovunque per la tutela dei supremi interessi degli Stati dove gli immobili appartenenti alla successione sono situati, molto maggiori limiti doveva trovare nei paesi dove si sviluppò il principio della territorialità delle leggi.

Secondo il Dumoulin per interpretare le espressioni usate dal testatore, come ad esempio per estimare numericamente la entità di una misura da lui enunciata, si doveva ricorrere alla legge del domicilio di lui (6), ma della sostanza del testamento e della validità delle disposizioni doveva giudicarsi, ogniqualvolta trattavasi di immobili, secondo la legge vigente nel territorio dove quelli erano situati (7). Tale regola, che persistette fino al tempo nostro nel diritto francese,

(1) P. Voet, sect. IV, cap. III, § 1 e 2.

(2) P. Voet, l. c., § 12: " ...judicarem illam personae habilitatem ad bona alibi sita sese non extendere ".

(3) J. Voet, *De Statutis*, cap. VIII: " ..... concipiemus tot esse personas separatas quot sunt res diversis in locis sitae, in quibus alio alioque jure ac potestate praeditus est rerum dominus... Atque hinc esse arbitror, quod Ultrajectinae provinciae ordines, habilitatem testandi restringentes nova decisione ad annum decimum octavum in masculis, et sextum decimum in foeminis, nec invenientes viam, qua suum jus novum ad civium ultrajectinorum immobilia in Hollandia sita, cum effectus producerent, pronunciaverint, illud statutum, licet de habilitate personae disponens, effectum tantum realis statuti sortiri, et ita reale esse ".

(4) Blackstone, libro II, cap. I, vol. II, pag. 12.

(5) V. pag. 366, 7.

(6) Molinaeus, l. c.: " Quia cum testator non senserit nisi de una uniformi mensura, debet in dubio attendi mensura loci ubi testator domicilium habebat et conversabatur ", pag. 55, col. 2; Argentraeus, *Ad juris Britannici*, tit. *De donationibus*, Glossa VI, § 30, pag. 57.

(7) Molinaeus, l. c.: " ...Statutum loci inspicietur, sive persona sit subdita, sive non; item si dicat.... vel quod illi de linea non possint testari de illis in totum, vel nisi certam partem. Haec enim omnia et similia spectant ad caput statuti agentis in rem... ", pag. 557.

non solo fu adottata dalla dottrina dei Paesi Bassi come un corollario della territorialità che la informava (1), ma diventò per lungo tempo, quanto alle successioni immobiliari, del tutto preponderante (2).

L'accordo diventò ben presto unanime nell'applicare la legge del luogo della redazione alla validità formale del testamento. Il Dumoulin applica a questo come ad ogni altro atto la regola « locus regit actum » (3), e questa viene seguìta dalla dottrina francese che pure sotto altri rispetti avea modificato la dottrina di lui. Paolo Voet non solo adotta la stessa regola, ma ritiene che un testamento redatto nel territorio del domicilio seguendo le forme valide secondo la legge della situazione delle cose immobili, debba ritenersi nullo anche nei territorii dove queste cose sono situate (4). Lo Huber applica ai testamenti la stessa norma che aveva applicato ai contratti (5) e cogli stessi limiti, giustificandola colla *comitas* ispiratrice del terzo fra i suoi assiomi (6), e Paolo Voet ascrive anche allo statùto delle forme qualche elemento che spetterebbe invece allo statuto personale (7). In Germania la stessa massima diventa di applicazione universale (8), e a poco a poco questa regola originariamente disconosciuta (9) viene

(1) P. Voet, sect. IX, cap. I, § 4, 5, 6 e 7; sect. IV, cap. III, § 11 e 12; Huber, l. c., c. XV.

(2) V. pag. 362, 3, 7.

(3) Molinaeus, l. c., Prima Conclusio, edit. cit., t. III, pag. 554: "... semper inspicitur statutum vel consuetudo loci ubi actus celebratur... „ sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentis... conficiendis. Ita quod testamentum factum coram duobus testibus, in locis ubi non requiritur major solemnitas, valet ubique „.

(4) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 2 a 3.

(5) V. pag. 473, nota 5 e 474, nota 1.

(6) Huber, l. c., c. 3 e 4.

(7) P. Voet, l. c., sect. IV, cap. III, § 1.

(8) V. pag. 474; Schilter, *De jure peregrinorum*, § XXXIX, pag. 114: " Quo ad solemnitates enim attenditur consuetudo loci in quo actus celebratur..... Quo fecit expressa juris *Würtembergensis constitutio*, p. 3, t. I: " Dass die in dem Fürstl. Land R. gesetzte formula zù testiren nicht allein " denen Unterthanen, sondern auch selbigen zu guten geordnet seyn, so sich " allein dienst oder gastweise in dem Herzogthum Würtemberg zù Zeit ihrer " testirung auffhalten „. § XL: " An vero tale peregrini testamentum ad bona alibi sita robur quoque suum extendat, amplius quaeritur?... „; Carpzov., p. 3, t. 6, d. 12: " ..... Consonat quoque jus Lubecense, l. 2, t. 1. § 16 ubi secundum quodvis jus statutarium testari permittit, ita, ut si civis Lubecensis in peregrino loco secundum ejusdem jura testamentum condiderit, illud quoque in foro Lubecensi justum habeatur, dummodo non animo fraudolento in praejudicium heredum id confectum fuerit „.

(9) V. pag. 352, 3.

considerata dovunque come assioma della ragione, distinguendosi sempre meglio la validità formale retta dalla legge del luogo dell'atto da quella sostanziale governata dalla legge della persona (1). In Olanda (2) ed altrove (3) viene fatta eccezione talvolta alla regola « locus regit actum »; ma in favore delle forme valide secondo la legge personale che fossero state seguite dal testatore, precorrendo in questo argomento come già in quello dei contratti (4) il concetto del carattere facoltativo di quella regola.

Sicchè nell'ordinamento internazionale della successione testamentaria il diritto positivo viene uniformandosi quanto alle forme alla regola *locus regit actum* (5) coi temperamenti facoltativi in favore della legge personale del testatore; quanto alla sostanza delle disposizioni ed alla capacità del disponente, tende a far prevalere la legge personale di quest'ultimo. Quando si tratta però di successione immobiliare non si fa dovunque un'applicazione piena e giusta di questa regola, ma, facendo troppo spesso prevalere sulla sostanza delle disposizioni e sulla stessa capacità del disponente la legge della situazione degli immobili, son lasciate sussistere frequenti occasioni di conflitti che contrastano nella pratica collo stesso carattere universale della successione.

147. — Il regolamento uniforme della successione intestata nei rapporti privati di diritto internazionale, non derivava dalla dottrina

(1) Hertius, loc. cit., § XVII, Casus Septimus: " Filia familias nupta, statuto fit sui juris; quaeritur, an de bonis, ubicumque etiam locorum sitis, testari valide possit: item, num pater alibi, ubi pro filia familias haberetur, in bonis quae acquirit, usumfructum sibi vindicare possit? — Quaestio hic duplex est, verum ex eodem principio decidenda. Jus nempe datum est personae, quod etiam per consequentiam in bona alterius civitatis, licet immobilia, operatur ".

(2) P. Voet, sect. IX, cap. II, § 9, eccez. IV.

(3) Herz, loc. cit., § X, in fine.

(4) V. pag. 476.

(5) H. Grot. *in Appendic. Epist. ad Fratrem* 464 ap. Herz, loc. cit., § XXIII, nota: " ubi de forma testamenti agitur, spectandum loci morem, in quo testamentum fit, recepta ab eruditis et usu omnium gentium confirmata sententia est. Item tale testamentum vim suam ubique exserere non minus constat, idemque servari etiamsi advena in loco peregrinationis suae testatus fuerit "; e Grot. in Epist. 467 "... Ex cap. CCXCIII, stat. Parisiens. videtur respondere posse ubi de forma sive solemnitate testamenti agitur, respici locum conditi testamenti; ubi de persona, an testari possit, jus domicilii; ubi de rebus, quae testamento relinqui possunt vel non, locum domicilii in mobilibus, in rebus soli situm loci..... ita video plerosque sentire ".

originaria dei commentatori italiani. Secondo la dottrina di Bartolo infatti la universalità della successione intestata era impedita d'un lato dalla territorialità delle disposizioni di legge relative ai beni, e dall'altra dalla applicazione delle sole leggi favorevoli d'ordine personale ai cittadini fuori del territorio. Un regolamento internazionale uniforme corrispondente al concetto giuridico fondamentale della successione intestata non poteva svolgersi se non che sulla base della competenza della legge giustificata dalla distinzione dei rapporti di ordine privato da quelli d'ordine pubblico, o sulla presunzione d'una tacita volontà del defunto implicante la finzione di un testamento tacito corrispondente alla legge del domicilio di lui. La prima soluzione era stata formulata da Alberigo da Rosate e da Bartolomeo da Saliceto, la seconda da Jacopo Butrigario (1). Ma dove predominava il sistema feudale o comunque nei rapporti giuridici una importanza preponderante era attribuita alla proprietà immobiliare e seguivasi la dottrina della territorialità degli statuti, la prima soluzione era impossibile per ogni specie di beni, e la seconda era per se stessa assai difficilmente sostenibile.

L'ipotesi del regime matrimoniale derivante da un contratto tacito fra coniugi era giustificata da ciò che si riduceva ad attribuire certe conseguenze economiche ad un atto spontaneo e consapevole delle parti com'era il matrimonio. Nel caso della successione intestata non v'era verun atto di volontà formulato dal defunto in un determinato paese ed in relazione ad un paese determinato, da cui si potesse dedurre come una conseguenza l'ipotesi del testamento tacito; e perciò Giovanni Voet dimostra tale ipotesi nella successione del tutto insostenibile (2). L'analogia col contratto tacito non potendo pertanto

(1) V. pag. 358-361. Cf. Herz, op. cit., sect. IV, § XXIV, casus XIV e § XXVI. casus XVI: Est enim successio legitima testamentum tacitum ex voluntatis conjectura. Dubitari autem nequit, quem potius secundum jura quae habuit percognita, id est, in loco ubi commoratus est, haereditatem suam voluisse deferri, quousque lex non obstat, seu voluntatis actum impedit. Secus igitur statuendum, si lex diversum disponere vetet, e § XXVII, casus XVII.

(2) J. Voet, *De Statutis*, cap. XXI: " Similiter nec tacitam hujusmodi praesumptionem voluntatis, statuto domicilii conformandae, satis recte conceperis, ubi nihil omnino gestum, actum, ac contractum est a rerum alibi sitarum domino, sed is in universum ab omni abstinuit dispositione, quam ei rerum sitarum permittebant leges... Pacta scilicet tacita tum jure romano nota, tum gentium usibus haud infrequentia, facile concipi possunt, ac ex probabilibus circumstantiis praesumi. At tacitae dispositiones testa-

sostenersi, restava l'accordo in ciò che la successione intestata fosse devoluta per legge, ed, ammesso questo principio generale, riproducevasi la divergenza, già notata nella dottrina italiana, fra chi cercava il regolamento della successione in una legge unica, e chi fingeva tante successioni distinte quanti (1) erano i territorii dove i beni del defunto trovavansi situati. Tale era la soluzione adottata dalla dottrina olandese che, per effetto d'una applicazione della *comitas*, fingeva la concentrazione dei mobili al domicilio del defunto, e regolava la successione quanto agli immobili secondo il diritto della situazione dei singoli beni (2), e così mentre applicava lo stesso principio della territorialità delle leggi a tutta la successione intestata, poteva subordinare, per effetto di quella finzione, tutta la parte mobiliare dei beni, dovunque situati, alla legge personale del defunto, che era in generale la legge del domicilio e secondo alcuni quella dell'ultima residenza (3). Nel caso di concorso fra più domicilii, Paolo Voet, non preferendo la legge dell'origine, ricade poi nella pluralità della successione anche nei riguardi dei mobili frazionandola in modo analogo (4) a

mentariae, uti a jure romano, sic et a moribus hodierni, prorsus alienae; ut proinde dici nequeat, intestatum morientem tacite vocasse cognatos ad successionem, ordine, per domicilii legem, dictato...; non tamen ideo tacitum est testamentum, nec haereditas testamento, sed lege delata..... Ne dicam, absurde quandam concipi tacitae voluntatis determinationem, statutis domicilii conformem, circa delationem successionis intestatae; cum et eorum noverimus deferri ab intestato haereditates, qui per aetatem, animivi vitium nullam possunt facere voluntatis manifestationem..... Quae omnia a me adducta ad id proficiunt, ut evincatur, ubi nullum factum est, ibi nec tacitam pactionem esse, et, ex rationis similitudine, nec tacitum testamentum „.

(1) V. pag. 362, 3.

(2) J. Voet, l. c.: “ Qua ratione evenit, ut quotquot intestati moriuntur, pro vario rerum immobilium situ alios atque alios sortiantur haeredes, quasi tot haereditatibus dividendis, quot locis variis diverso jure succedendi utentibus, defuncti praedia inveniuntur constituta „. V. Paolo Voet, l. c., sect. IV, cap. III, § 10, e sect. IX, cap. I, § 3: “ ... Spectabitur loci statutum, ubi immobilia sita, non ubi testator moritur „ e § 8: “ .. (mobilia)... secundum loci statuta regulantur ubi domicilium habuit defuntus „.

(3) P. Voet, l. c., sect. IX, cap. I, § 8: “ ... Vel nisi secundum jus antiquum Hollandicum bona mobilia dirigantur ad successionem statuti loci illius, ubi quispiam supremum diem clausit; licet forte ibi transiverit tantum, aut ad animi relaxationem semet eo contulerit „ e § 9 e 10; Huber, l. c., c. 15: “ Quoad mobilia servatur jus quod illic loci est, ubi testator habuit domicilium „.

(4) P. Voet, sect. IX, cap. I, § 9: “ ..... Dicendum videtur, si duobus in locis habuerit domicilium, alterum alteri non praevaliturum. Atque adeo

quello ammesso dal Saliceto (1) nel caso di conflitto fra la legge di origine e quella del domicilio.

Tale ordinamento delle successioni, per quanto si riferisce alla territorialità imperante sugli immobili, derivava come una necessaria conseguenza dai fondamenti del diritto vigente nelle società informate allo spirito del feudalismo, e perciò rispetto a quell'impero della territorialità sugli immobili si manifestò fra i varii paesi un accordo che finì per reagire sulle stesse tendenze del diritto italiano (2).

Tale manifestavasi fin dalle codificazioni medioevali lo spirito del diritto tedesco (3), e tale in questo affermavasi più tardi l'indirizzo prevalente (4) nella pratica e nella dottrina dei giuristi accogliendo la distinzione fra mobili (5) ed immobili (6), sottoponendo questi alla legge della situazione e quelli alla legge personale del defunto (7). A quest'ultima regola si faceva eccezione per tutti coloro che fungendo un pubblico ufficio politico o fruendo d'uno speciale privilegio di estraterritorialità non erano ritenuti avere il loro domicilio legale

secundum statuta cujusque loci, mobilia ubi sita ex destinatione patris familias, dirigenda esse „.

(1) V. pag. 360.

(2) V. pag. 363, 367, 379, 380.

(3) *Specchio di Sassonia*, lib. I, art. 30: " Quilibet advena, in percipienda haereditate, succedit non secundum suae personae sed secundum jura terrae Saxonicae, etiam cujuscumque terrae sit, sive Bavariae, Franciae et Sveviae nationis; e lib. III, art. 33: Rex non secundum hominis sed secundum jura terrae de proprietate pronunciabit „.

(4) V. contr. Herz, loc. cit., § XXII, casus XII e § XXX, casus XX.

(5) Carpzovius, *Responsa*, lib. VI, tit. IV, Resp. XXXVIII, § 12: " In successione mobilium non Statuta illius loci ubi sita sunt vel ubi is de cujus haereditate agitur decesserit, sed in quo domicilium habuit, attendenda „ e § 1, 30, 31, 32: decisioni conformi della giurisprudenza sassone del 1638 e del 1639.

(6) Carpzovius, *Responsa*, lib. VI, tit. IV, Resp. XXXIX, § 2, 3, 4: " Si defunctus..... bona in diversis locis sita reliquit, haut raro ingens oritur difficultas circa modum succedendi. Sane quoad bona mobilia res videtur expedita, postquam in hisce juxta Statuta loci, in quo defunctus suum habuerit domicilium successionem regulandam diximus *responso praeced.* Ratione vero bonorum immobilium prima fronte res dubio non caret, quid si enim defunctus reliquerit fundum aut praedium sub alterius loci jurisdictione situm, in quo domicilium non habuit: anne tum in praedio isto secundum statuta illius loci ubi situm est succedendum erit? § 15 .....Sequitur ergo necessario, quod fiat successio in bonis immobilibus secundum Statuta territorii ac loci, in quo sunt sita „ Resp. XLII, § 6.

(7) Schilter, *De jure peregrinorum*, § XLII.

dove avevano il domicilio di fatto (1), e talora il privilegio di estraterritorialità della persona era così largamente inteso, da sostenere taluno che si dovesse applicare eccezionalmente la legge personale di quella anche ai beni immobili posseduti nel territorio della residenza (2).

Nella dottrina francese era pure generale l'accordo sia quanto alla personalità della successione intestata sui mobili, sia quanto alla territorialità di quella relativa agli immobili (3). Sulla ragione giustificativa dell'unico regolamento della successione mobiliare v'era dissidio, poichè mentre alcuni, ammettendo una competenza preponderante della legge della persona, facevano così delle norme della successione mobiliare intestata uno statuto personale, altri fingevano al domicilio del defunto la situazione dei mobili e mantenevano così anche in questo caso formalmente l'impero dello statuto reale. Ma tanto l'una quanto l'altra giustificazione arrivava allo stesso risultato che era la unicità della successione mobiliare governata dalla legge personale del defunto. In ciò il D'Argentré non innovava ma rifletteva le tradizioni e formulava le esigenze del diritto vigente. A queste egli dava una forma assoluta e determinata in tale argomento sia in omaggio alla dottrina da lui professata rispetto agli immobili, sia per effetto della sua avversione al testamento, e del carattere legale e

(1) Brunemann, op. cit., pag. 3, in Cod. *L. Cunctos Populos*, tit. *De Summa Trinitate:* " ..... cum Castellanus officii ratione alicubi degens non videatur ibi domicilium constituere... ideo putaverim juxta jus commune illi succedere proximos ratione originis..... "; Schilter, *De jure peregrinorum*, § XLIII, vol. I, pag. 115: " ..... iis (ufficiali del principe, assessori, professori, accademici, ed altri privilegiati) non succedi secundum legis loci ubi habitant, secundum jus commune vel provinciale ejus territorii, in quo ista civitas est sita; nisi pactis aliter fuerit conventum, aut isti cives simul sint ".

(2) Schilter, l. c.: " ... Idem dicendum licet bona immobilia in districtu ejus urbis habeant ".

(3) V. pag. 497, nota 3 e Argentraeus, *Ad Juris Britannici*, titulum *De donationibus*, Glossa VI, pag. 54, § 24: " ... Nec persona, etsi jure Romano habilis ad succedendum recte in hereditate partem petit, si statutum inhabilitat applicationem ad subjectum, si jus Romanum a statuto aut correctum est aut aliter distinctum. Capiet igitur heres Britannus Britannica praedia Britannorum jure et statutis, Francica Francorum, Anglica Anglorum jure, Florentina Florentino. Quae sententia ubique obtinet, spreta Bartoli distinctione et aliis infinitum variantibus " e § 25, 26, 27: " Consuluit idem Molinaeus in casu cons. 55 vi quidem statuti non excludi filiam in alio loco, cum ipsum reale vere sit et suo territorio clausum ".

fedecommissario ch'egli ravvisava nella successione (1). Se infatti tali concetti lo inducevano a limitare rigorosamente gli stessi effetti delle disposizioni volontarie del proprietario, tanto più assoluta doveva risultarne la sua ripugnanza dall'ammettere, sotto la finzione d'una disposizione tacita, un effetto di legge straniera.

Così avvenne che, fra tutte le norme più rette di diritto internazionale privato, quella che doveva trovare maggiore difficoltà ad essere accolta nel diritto francese fosse quella della unicità della successione immobiliare, restando invece in vigore rispetto a questa fino al tempo nostro la massima che si trattasse di uno statuto reale e che perciò le norme della legge francese dovessero applicarvisi nel territorio anche alle successioni abbandonate da forestieri. Tale era il principio che informava l'Editto proclamato nei Paesi Bassi dagli arciduchi Alberto ed Isabella nel 1611, e tale fu pur quello che dominò senza interruzione nel diritto inglese. Sicchè quando gli Inglesi furono esentati in Francia dal diritto d'albinaggio, le lettere patenti francesi del 1787 che stabilivano doversi decidere le controversie circa la determinazione della qualità di erede secondo la legge inglese quanto ai mobili e secondo quella francese quanto agli immobili, confermavano una norma di diritto internazionale privato comune allora non

(1) Argentraeus, *Ad Juris Britannici*, tit. *De donationibus*, art. CCXVIII, Glossa V, § 7, pag. 32: " Sic enim a statuto prohiberi alienationes indiscretas rei cujusque suae, et legitimam lege augeri haeredum posse, de quo non est dubitandum. Nam gentem, pecuniam, familiae opes avitas, importunae cujusque voluntati patere, non fuit in Republica bene ordinata ferendum, et sic libidini privati cujusque morem geri, ut nulla legislatoris de eo cura, nulla cautio extaret, imprudentissimae prudentiae fuit... § 8: Sed tamen illa obtinent illo jure... Nos naturam ducem sanguinis, juris humani, divinique rationem sequamur, sensus communis anticipationes amplectamur, et illa pietatis, charitatis, et storgarum naturalium dehonestamenta rejiciamus, qui antidoses et διαδοχάς putamus in republica bene istituta esse oportere. Ut quod, quaque lege, quisque accepit, eadem in posteros reddat, veluti perpetuo fideicommisso... unde propagationes familiarum, et perpetuationes eveniunt, sine quibus respublicae consistere diu non possunt... Quae nos aliter fieri in illo jure merito, crebro et cum occurrit exagitare solemus, ut experimentis meliorum edocti, utilitatem juris patrii, damnato illo priori percipiamus; § 9, pag. 33: Dissimili igitur comparatione, haec jura habentur. Quod illi de toto patrimonio in testamentis statuere permittunt excepta falcidia. Nos contra non amplius testatori concedimus, quam quanta pene est falcidia certe non amplius tertia ...Nemo hodie instituit, nemo exhaeredat odio quidem; legis arbitrium est, lex pro homine testatur: ipsa inexorabilis et immota ad captatoris praeces ".

solo ad entrambi i paesi (1) contraenti, ma anche a tutti gli altri Stati d'Europa.

Gli Stati più dominati dalla tradizione feudale si distinguevano dagli altri per ciò che degli immobili cui era connesso un titolo ed un potere politico, la legge reale era così preponderante su quella personale da escludere quest'ultima anche dalla determinazione delle qualifiche puramente personali del proprietario. Così il titolo di *pari* era devoluto in Francia secondo le regole di successione vigenti dove trovavasi il feudo che dava diritto a quel titolo; l'omaggio del vassallo al signore spettava in ragione del feudo ed era determinato dalla legge di questo benchè fosse estrinsecamente un atto personale (2), e il domicilio del feudatario ritenevasi esistere nel territorio del feudo quantunque fosse altrove stabilito il domicilio di fatto della persona, poichè tutto quanto si riferiva a questa persona privilegiata dipendeva molto più dalla territorialità del titolo e del corpo patrimoniale, di quello che dalla persona che ne era rivestita (3). Che se talora avveniva che le ragioni della feudalità sottoponessero alla legge della situazione delle cose anche la determinazione della qualità della persona, talora, benchè assai di raro, verificavasi il caso inverso nella attribuzione ereditaria delle proprietà private, com'era il caso dei cittadini di Ypres che avevano il privilegio di poter invocare la legge della loro città nella successione ai beni situati nel territorio della contea di Fiandra (4).

E tale era il principio che il Boullenois, ricollegandosi nella conclusione ad alcuni fra i commentatori italiani (5) e nella giustificazione alla dottrina della scuola olandese proponeva applicare all'intero

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, pag. 155-234.

(2) Molinaeus, Glossa V, in verbo: " le fief ", *Ad consuetud. Paris.* Opera, t. I, edit. cit., pag. 69, n° 4: " .....apud nos homagia non sunt personalia sed realia, nec praestantur simpliciter nec ratione personae, sed ratione et contemplatione feudi concessi... Probatur quod, feudum magis cohaeret patrimonio quam personae, et ejus causa radicata est in re concessa in feudum; qua derelicta vel alienata, Vasallus ipso jure desinit esse Vasallus et obligatus domino ".

(3) *Recueil* cit., vol. I, pag. 37-40. Azione del signore di Montmorency contro il duca d'Elbeuf ed altri.

(4) Lainé, op. cit., vol. II, pag. 325; Herz, loc. cit., § IX: " Lex quoque personas quasdam quae non teneantur excipere potest ".

(5) V. pag. 360, 1, 2, 367.

regolamento delle successioni senza prescindere da veruna specie di beni (1). Così preannunziavasi una dottrina ch'era stata già formulata da alcuni fra gli antichi commentatori italiani, ma che non era stata universalmente accolta dalla pratica del nostro paese, e che in Francia non è riuscita ancora ad acquistare incontrastato impero.

Se si eccettua pertanto l'unicità della successione applicata anche ai beni immobili rispetto alla quale fino al tempo nostro i più retti principii del diritto internazionale privato non hanno cominciato a penetrare in alcuni paesi, non si riscontra nei secoli antecedenti fra i varii paesi d'Europa nè una assoluta contraddizione di tendenze nè una grande diversità di risultati. Per le forme del testamento la regola « locus regit actum » formulata nel nostro paese (2) si svolge negli altri senza soluzione di continuità; la capacità a testare, indipendentemente dalla sostanza delle disposizioni, viene sempre più generalmente giudicata come un elemento dello statuto personale; la validità delle disposizioni testamentarie e il regolamento della successione intestata sono giudicati in generale secondo la legge personale del defunto la cui prevalenza, giustificata da alcuni con argomenti intrinseci di competenza, viene dedotta da altri da una finzione giuridica circa la situazione dei beni, e da altri ancora è ritenuta una conseguenza della *comitas* applicata ai rapporti internazionali; la successione immobiliare infine viene dovunque, meno rarissime eccezioni, regolata come una serie di tante successioni diverse quanti sono i diversi territorii dove sono situati i beni che ne dipendono (3). Tale risulta e si mantiene per lungo tempo il sistema europeo di diritto internazionale privato, derivato dai fondamenti stessi del diritto pubblico e da un largo e comunicativo movimento di azione e di reazione fra le dottrine e le pratiche dei varii paesi. E in tale sistema, per tanto tempo quasi uniforme, si riproduce nel nostro tempo la diver-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, préface, p. XIV, XVII e 7: " ... on previendrait bien des procès... non pas comme loi personnelle, mais comme loi propre et utile à éteindre les procès „. Cfr. *Démission de biens*, Quest. VI, pag. 164, n° 8.

(2) V. pag. 358-361.

(3) Argentraeus, *Ad Juris Britannici*, titulum *De donationibus*, vol. cit., pag. 53, Glossa VI, § 24: " ... De hanc controversia nunc, ne pueri quidem dubitant, sua cujusque territorii lege capi, est enim mere reale statutum, ideoque legibus situs judicandum, veluti si essent duo patrimonia, et eidem homini diverso jure succederetur. Ex quo fit ut alibi avus, alibi pater, alibi agnati uni succedant „.

genza fra la tendenza conservatrice e quella manifestata prima da Alberico da Rosate e poi dal Boullenois per applicare il concetto della unità all'intera successione e ad ogni maniera di beni che ne formino parte.

148. — Più o meno frequentemente nei diversi tempi e nei diversi territorii, pure in tutti verificavansi in un certo grado casi di applicazione estraterritoriale della legge civile; accadeva cioè che, dovendosi dal magistrato applicare al merito della causa una legge straniera (1) fosse necessario indagarne (2) e determinarne in modo sicuro le disposizioni. La stessa indagine circa i limiti dell'applicazione territoriale delle norme di diritto era pur necessaria frequentemente anche nei rispetti della legge penale. Nè in Italia nè altrove infatti il principio della territorialità della legge penale si affermava rapidamente, nè affermatosi veniva riconosciuto ed applicato senza molti limiti. Nel Dumoulin si ritrovano quelle distinzioni che gli statutarii italiani facevano (3) fra il diritto comune e il diritto particolare e fra i cittadini e gli stranieri rispetto all'obbligatorietà di quest'ultimo (4). La giurisdizione del luogo del delitto non era messa in dubbio, ma il magistrato di questo luogo doveva pur in certi casi applicare anzichè la legge particolare, quella comune. E dove era venuto meno il rispetto del diritto comune, e si mantenne lo stesso dubbio circa l'applicabilità in ogni caso allo straniero della legge penale territoriale, si ebbe in questo caso, ogni qualvolta si volle

(1) P. Voet, op. cit., sect. X, cap. 1, § 13.
(2) V. pag. 340, 341.
(3) V. pag. 367, 8.
(4) Molinaeus, l. c., t. III, pag. 557, *De delictis:* " Aut statutum punit illud quod etiam jure communi erat delictum, et tunc exterus ibi delinquens ligatur poena statuti etiamsi probabilem ignorantiam statuti habeat, idque duplici ratione. Prima: quia ratione delicti sortitur forum, et efficitur subditus jurisdictioni loci; Secunda: quia dando operam rei illicitae censetur se obligare ad id quod inde consequitur, et illi imputantur, et censetur sese subjicere poenae propter hoc statutae... Limito, nisi poena esset exorbitans et multus excedens poenam juris communis, quia tunc exterus probabiliter ignorans, quod praesumatur, non debet puniri illa poena, sed poena juris communis... Sed forensis..... si delinquat sciens statutum loci... punitur poena ejusdem statuti... Aut statutum punit factum, quod jure communi non est delictum, et tunc peregrinus ignorans non ligatur; imo nec etiam civis probabiliter ignorans... et in peregrino sciente consideranda est qualitas facti, an habuerit animum delinquendi, vel statutum contemnendi et quatenus... ".

applicata invece della legge territoriale quella del domicilio del delinquente, una vera applicazione di diritto straniero sia nei riguardi della definizione del delitto stesso sia in quelli della pena (1).

Ma a poco a poco si venne affermando il principio della territorialità della legge penale sia nei riguardi della definizione dell'atto punibile sia in quelli della misura della pena (2). Tale territorialità nei riguardi della competenza, del diritto materiale e della pena scaturiva come una conseguenza (3) del concetto d'indipendenza degli Stati e di sovranità (4), ed importava pertanto la facoltà, salvo eccezioni per i reati minori (5), di processare gli assenti (6) e di assicurarsi intanto dei loro beni mediante la confisca (7).

Questa norma della territorialità della legge penale non affermavasi poi come regola assoluta ed esclusiva di competenza, ma in molti casi come concorrente con altre che la completavano e ne limitavano il campo di applicazione. Già Bartolo aveva giustificata la competenza

(1) P. Voet, sect. XI, cap. I, § 1, 2: " Quod si tamen delictum non sit commune, vel si commune, poena statuti non sit delicti proportionata, saltem quae non ordinarie infligi soleat, adeoque contineat in loco statuti quidpiam speciale, non tenebitur reus ordinaria poena... Nisi tamen aliquo tempore in loco delicti fuerit commoratus, ut cognitam habere potuerit illius statuti poenam „.

(2) P. Voet, l. c., § 1: " ..... Uti regulariter quis contrahendo se subjicit statuto loci contractus, ita etiam quis delinquendo, censetur semet loci statuto in quo deliquit, ratione poenae, subjecisse... „ § 3 e 8.

(3) Hertius, loc. cit., § XIX, casus IX: " ... Qui contra legem alicujus territorii quidquam in eodem committit, cum poena, quae ob admissum crimen per eam statuta est, quasi contrahit, eique redditur obnoxius. Itaque non domicilium, non locus ubi reus reperitur, sed actus debet spectari..... in hoc fere Doctores consentiunt qui addunt quoque limitationem... „.

(4) G. Voet, *Comment. in Pand.*, lib. V, tit. I, cap. LXVII.

(5) Struv., op. cit., lib. IV, tit. V, *De foro competente*, § VIII, pag. 460. Cfr. Carpzov., *Pr. Crim.*, quaest. 110, n° 37 e *Responsa*, tit. II, Resp. XXVII, § 3, 4, 12.

(6) Matthaei Wesenbecii *in Pandectas Juris Civilis et Codicis Justinianaei Commentarii*, Basileae sumpt. Joan. Gymnici, MDCIV, pag. 914. Ad Digest. lib. XLVIII, *De accusationibus*, tit. II, f.: " Videamus quomodo contra absentes accusatio procedat. Et quamvis rescriptum est — l. absentem. 6, C. eod. — absentem capitali crimine accusari non posse, multo vero minus damnari, etiamsi contumaciter absit, sed tantum bona ejus annotari et post annum publicari; tamen usu apud nos invaluit: ut ter per intervalla dierum 14 citetur reus; post quae si non compareat, nec absentiae excusationes alleget, pro convicto habetur, et banno Imperii proscribitur, ut impune postmodum interfici possit „ e pag. 969, *De Requirendis vel absentibus damnandis*, tit. XVII, § 6.

(7) Struv., op. cit., lib. IV, tit. XXI, § 19 e 20, pag. 519, 520.

personale a favore della magistratura e della legge personale per tutti i reati commessi dal cittadino fuori del territorio (1), e in favore di tale competenza appariva trasformata l'antica dottrina circa quei limiti d'applicazione della legge nei diversi territorii, che secondo la tradizione negava (2) e secondo i nuovi concetti della legge e dello Stato inducevasi ad affermare (3).

Tale regola, ora limitata da alcuni ai casi di una competenza quasi territoriale (4), o estesa da altri alle vere proporzioni di competenza personale (5), era accolta anche dagli scrittori dei paesi maggiormente fautori della territorialità delle leggi. Non solo trovò accoglimento nel diritto germanico (6), ma anche nel diritto inglese (7), nella dottrina olandese (8), nella giurisprudenza e nella legge stessa dei Paesi

(1) V. pag. 370, 1.

(2) Brunemann, in Cod., Tit. I, *De Summa Trinitate,* in L. Cunctos Populos, l. c., pag. 3: “... Circa primum decidi solet, subditum extra territorium delinquentem statuto hujus territorii non obligari „.

(3) V. pag. 432-6.

(4) Covarruvarias, ap. Hertium, § XIX: “... Limitationes duo: Prima est si res contra quam peccatur sit intra territorium, licet persona extra illud sit, v. g. si contra patriam absens aliquid moliretur... Si quis, domi uxorem habens, adulterium in peregrinis terris, ubi vel omnino non, vel leviter coercetur, committat „.

(5) Loc. cit. Coccejus, *Dissertat. de fundata in territorio jurisdictione,* tit. IV, § 6: “ Si poena tantum ad emendandos subditorum mores, non vero pro securitate civili constituta sit, uti si ebrietatem, execrationem, et jurandi temeritatem lex vetet..... Quibus casibus cum vix dubium sit, subditum alibi delinquentem in patria posse puniri..... omnino sequitur poenam alibi statutam ex legibus patriae augeri posse „.

(6) Schilter, *Exercitationes ad Pand.* VI, *De jurisdict.*, lib. II, tit. I, II, III, Corollar. II: “ Judex domicilii jus puniendi habet subditum ob delictum extra suam jurisdictionem commissum „; Carpzov., *Pr. Crim.*, p. 3, q. 110, 12. Contr. ap. Klock, tom. 1, consil. X, n° 223.

(7) Duck, op. cit., lib. 2, cap. 8, § XV, pag. 150, *r*: “ Cognoscunt Conestabilis et Marescallus in curia militari de criminibus perpetratis extra Regnum Angliae, § XVI. Si Anglus Anglum accuset de crimine laesae Majestatis commisso extra Angliam, agit coram Conestabili et Marescallo..... Si subditus regis nostri occidet alium Regis subditum in Scotia, vel alibi apud exteros, de hoc non potest agi in curiis juris Anglicani sed coram Conestabili et Marescallo „.

(8) P. Voet, sect. XI, cap. I, § 4: “ Quid si qui extra territorium deliquit, ad locum domicilii revertatur, ibique prehensus, coram sui domicilii judice sistatur, au puniendus erit secundum sui domicilii statutum, an secundum loci statutum ubi deliquit?... reus criminis se videtur retulisse ad statutum sui domicilii quod optime noverat... ut ei semet subjicere voluerit „. G. Voet, *Comment. in Pand.*, lib. V, tit. I, § LXVIII.

Bassi (1) in modo assoluto nei rapporti interni, e come competenza concorrente in quelli internazionali. Nè mancava di esempi nella dottrina e nella pratica la stessa regola della universalità della legge penale (2) che corrispondeva ad un certo concetto di diritto comune e d'interesse comune dell'umanità da tutelare cui non si è ancora in tutto uniformato nemmeno il diritto positivo del nostro tempo.

149. — Ma poichè questa universalità di giurisdizione era ben lungi dall'essere ammessa, e poichè, fra le giurisdizioni che venivano riconosciute competenti, ammettevasi pure una certa graduazione di prevalenza in capo alla quale stava la giurisdizione del luogo del delitto (3), presentavasi frequente la necessità di dover ricorrere all'estradizione. La consegna del delinquente al magistrato del fôro più competente non si riteneva già obbligatoria, ma era abbandonata all'arbitrio dell'autorità di quel paese dove l'accusato trovavasi (4). Però sempre più giudicavasi corrispondente l'estradizione ai doveri di cortesia internazionale e di umanità e sempre più essa entrava con tale carattere nelle consuetudini internazionali (5) procedendosi alla consegna

(1) J. Voet, l. c.: " Qui domicilii locus ad criminum persecutionem usque adeo Hollandis commodissimus visus est, ut constitutum fuerit, incolas Hollandiae, criminis insimulatos, non nisi a suo judice ordinario, apprehendi aut judicari posse, quoties neque fugitivi sunt, neque flagranti in delicto deprehensi " (Placito Ordin. Holland., 15 septembr. 1677, vol. 3, Placit., pag. 1385).

(2) Struv., op. cit., lib. IV, tit. V, *De foro competente*, § VIII, pag. 466, 7: " Ratione delicti forum sortitur... ubi deprehenditur reus, licet nec ibi domicilium habeat, nec ibi commiserit... ". P. Voet, l. c., § 5: " Quid si forensis alibi deliquerit...? Sunt qui censent illum puniri non posse alibi quam ubi deliquit: ut si alibi deliquerit sit dimittendus..... Dicendum nihilominus videtur, eum ubique locorum, ubi fuerit deprehensus, puniri posse. Et quia non tantum omnium interest, maleficia non relinqui inulta, quam singulorum, propter cognationem illam naturalem, quam natura inter homines constituit, ut hominem homini insidiari, ubique nefas sit judicatum ".

(3) Struv., lib. IV, tit. V, pag. 467, § VIII, n. *x:* " ... urgente illo (judice fori delicti) reus ad forum delicti erat remittendus ".

(4) Carpz., *Pr. Crim.*, quest. LX, n° 54; Struv., *Introduct. ad Jus Sax.*, pars III, sect. III, ex. II, § 2; Struv., l. c., pag. 467, n. *x*: " ... fortius est forum deprehensionis foro delicti, ita quidem, ut in deprehendentis judicis arbitrio sit, velitne remittere delinquentem vel non ". Struv., l. c., p. 467, § VIII: " Neque enim hodie necessario remittendus est reus ad magistratum ubi crimen est commissum... ".

(5) P. Voet, sect. XI, cap. I, § 6: " ... Moribus nihilominus (non tamen Saxonicis) totius fere Christianismi, nisi ex humanitate non sunt admissae

del reo dopochè con una comunicazione ufficiale corredata dei documenti necessarii se ne fosse fatta richiesta (1), e si avesse la garanzia della reciprocità (2).

Quando poi per effetto di detenzione in un territorio e di non richiesta o negata estradizione, il giudizio seguisse fuori del luogo dov'era stato commesso il delitto, pure restando risolta la questione della competenza del giudice, rimanevano frequenti dubbii a risolversi circa l'applicazione della legge penale e la misura della pena. Come stretto diritto imperava la regola che nessun giudice dovesse applicare una legge diversa da quella territoriale, e ciò valeva in modo assoluto dal punto di vista negativo, nel senso cioè che un giudice non potesse mai condannare taluno per fatto commesso in un altro territorio che sia reato secondo la legge del luogo dove fu compiuto, ma non sia reato secondo la legge del magistrato giudicante. Se il fatto era ritenuto punibile dalla legge dei due territorii il giudice non era tenuto di regola ad applicare una pena diversa da quella comminata dalla legge propria (3), a meno che i due ter-

remissiones „. G. Voet, *Comment.*, lib. V, tit. I, cap. LXVII: “ Et licet illae reorum transmissiones, hodiernis moribus inter illos, qui eidem non subsunt principi, comitatis potius quam necessitatis sint; ... tamen cessans transmissionum necessitas, non impedit etc... „. Struv., l. c., aliquando tamen vel ex gratificatione... vel ex speciali conventione remittitur „ e n. *x* dello Schaumburg: “ Ex inveterata tamen consuetudine judices remissionem non facile denegare „.

(1) Sam. Strykii, *Dissertationum Juridicarum*, vol. VI, Dissertat. XI, pag. 248, Francofurti, Wohler, MDCCXLIV, *De foris Germaniae singularibus*, cap. 1, *De diversitate Fori ex jure communi*, § 11, f.: “...Sed an absens in loco delicti conveniri possit? Quaestionis est. Et placet affirmativa, tum propter; l. 3, D., *De Jur. Milit.*, l. fin.. *De accus.*, Nov. 60, cap. I, tum etiam quod reus a Magistratu loci, ubi degit ad eum locum ubi crimen admissum, remittendus sit... quae tamen remissio, mutato Reipublicae Statu, cum Judices sub diversis sint Principibus, hodie magis urbanitatis quam necessitatis est. — P. Voet, l. c.: “...Quo casu, remittenti magistratui cavendum per litteras reversoriales... Id quod etiam in nostris provinciis unitis est receptum „. Struv., l. c.: “ datis litteris reversalibus, uti vocant, vel ex speciali conventione remittitur „. Schaumburg, l. c.: “ ... delinquentem, acceptis literis reversalibus, ... ad forum delicti remittere solet quando id judex fori delicti urget „.

(2) Schaumburg, l. c.: “ ... acceptis literis reversalibus de non praejudicando jurisdictioni et pari officio in casu simili praestando „.

(3) Hertius, loc. cit., § XVIII, casus VIII: “... in specialibus quidem Germaniae Rebuspublicis ita ex usu obtinere arbitror, quoniam eae communi Imperio sive majore republica connectuntur „.

ritorii non soggiacessero alla medesima sovranità o, essendo indipendenti, non avessero diversamente stipulato (1). Se poi un reo fosse giudicato secondo la competenza universale in un paese diverso da quello dove avesse il domicilio o dove avesse commesso il reato, il magistrato giudicante poteva infliggergli la pena contemplata dal proprio statuto (2), ma talora per effetto di convenzioni particolari, talora per un senso di opportunità, era lasciata all'arbitrio del giudice la scelta della pena, e si presceglieva quella comminata dalla legge personale del delinquente (3). Anzi taluno riteneva che in tal caso il magistrato giudicante non potesse applicare una pena diversa da quella comminata al reato dalla legge del paese dov'era stato commesso (4).

Gli effetti della sentenza penale e della pena, erano secondo la pratica di varii paesi diminuiti nel territorio stesso dove erasi tenuto il giudizio dal fatto della contumacia (5). Nei rapporti internazionali poi sostenevasi che il reo punito in fôro diverso da quello del delitto, non potesse poi in questo soggiacere ad una nuova pena (6); nè mancava chi non meno che alla sentenza di condanna riconosceva questa forza di cosa giudicata anche alla sentenza di assoluzione (7) pronunciata fuori del territorio del reato, pur colla riserva dei casi in cui tale riconoscimento si manifestasse pericoloso per lo Stato.

La esecuzione della sentenza poi poteva verificarsi indirettamente nei casi accennati in cui ricorrevasi all'estradizione, e direttamente quando l'autorità del paese cui apparteneva l'individuo condannato

(1) P. Voet, sect. XI, cap. I, § 4.

(2) V. pag. 500, nota 5; Hertius, loc. cit., § XX, casus decimus. Contr. anche nel caso di reato perpetrato in due territorii: "... si delictum in diversis locis commissum v. g. adulterium ad unum finem tendat, propterea quod hoc non plura sed unum delictum effectu censeatur... Posterior sententia potior est, propter auctoritatem rei judicatae „.

(3) P. Voet, l. c., § 5: " ... judicis arbitrio relinquendum id esse censerem, qua poena facinorosum punire velit... Uti forte etiam vel ex comitate, vel concordatorum ratione poenam domicilii rei criminalis infligere poterit „.

(4) Ziegler, *Diss. de poen.*, § LIII; Schaumburg, l. c. Herz, l. c., § XIX nota: " Delinquit quis in uno loco, in alio delicti convincitur, quaeritur cujus loci poena affici debeat? Respondeo poena, quae in loco delicti recepta est „.

(5) Schilter, vol. III, *Exercitat. ad Pand.*, XLIX, *De quaest.*, lib. XLVIII, tit. XVIII, § CLVII.

(6) Wernher, p. VII, obs. XLI. Contra v. pag. 500 nota 5.

(7) Huber, l. c., c. 6.

altrove in contumacia non volesse consegnarlo e preferisse, dopo un rigoroso esame, dare esecuzione alla sentenza (1) pronunciata contro di lui. Tale effetto estraterritoriale della sentenza penale che ammettevasi in senso negativo, nel senso di non poter superare in un territorio l'entità della pena pronunciata per uno stesso fatto in un altro, e che ammettevasi pure in senso positivo nel senso di cooperare all'esecuzione d'un giudicato straniero mediante l'estradizione o di eseguire anche, specialmente nel caso di condanna d'indole pecuniaria, la sentenza straniera, non riconoscevasi invece universalmente per quelle conseguenze della sentenza penale che hanno carattere permanente e personale, come la nota d'infamia. Alla territorialità della legge e della giurisdizione penale si poteva infatti far eccezione per sentimento di giustizia e per scopo di utilità generale così da assicurare la punizione dei colpevoli, ma non si poteva derogarvi così da farne derivare per il condannato un nuovo statuto personale; ciò che sarebbe stato assurdo come conseguenza illogica della sentenza pronunciata in paese diverso da quello cui apparteneva il reo, e non poteva sostenersi nemmeno come conseguenza d'una sentenza pronunciata in quel paese perchè le conseguenze di una sentenza penale sulle attitudini della persona non possono per alcun rispetto parificarsi allo statuto personale (2). Potrebbe dirsi che la nota d'infamia non estendesse i proprii effetti fuori del territorio del magistrato giudicante per la stessa ragione per cui ora non si riconoscono nei rapporti internazionali le conseguenze derivanti da una sentenza penale espiata, sulla capacità della persona, e per cui non si concede la estradizione per i reati politici (3).

Così tanto nello sviluppo del principio della territorialità della giurisdizione e della legge penale, quanto nei loro limiti, nell'ammissione dell'istituto dell'estradizione, e nei principii sviluppati circa l'applicazione e la misura della pena e circa i suoi effetti, la dottrina e la pratica sviluppatesi durante gli ultimi secoli nei varii paesi di Europa non furono nè del tutto contraddittorii colla dottrina e la

(1) SCHILTER, *Exercitat. ad Pand.*, VI, *De jurisd.*, lib. II, tit. I, II, III, corollar. I.

(2) P. VOET, sect. IV, cap. III, § 18; G. VOET, *De Statutis*, cap. VII e *Comment. ad Pand.*, lib. III, tit. II, *De his qui notantur infamia*, cap. VIII.

(3) V. pag. 342 e 343. Opin. contr. di Bartolo e di Baldo; ma preferibile l'eccezione dei giuristi olandesi.

pratica del nostro paese, nè del tutto infecondi per lo sviluppo ulteriore del diritto internazionale privato.

150. — Nella procedura si affermò non meno che in Italia (1), anche altrove la distinzione fra le forme del procedimento e l'elemento decisorio, subordinando le prime alla legge del fôro (2) e l'altro alle leggi del rapporto giuridico, agli effetti delle quali pertanto, una volta debitamente applicati nel giudizio competente, si riconosce un campo d'azione estraterritoriale. Un disaccordo poteva sorgere però quando, nel determinare il carattere di certi atti o rapporti, questi da taluno si ascrivessero alla forma del giudizio e da altri alla sostanza del rapporto litigioso. Così avveniva quando la validità di un atto notarile era giudicata da taluno universale secondo la regola *locus regit actum* e perciò inscindibile dall'atto stesso, e da altri come elemento di prova era subordinato nelle condizioni della sua perfezione alla legge del fôro (3). E tale era pure il caso della prescrizione che, connessa da alcuni intimamente coll'obbligazione e ritenuta perciò elemento decisorio (4), veniva ritenuta da altri una

(1) V. pag. 344, 5, 6.

(2) P. Voet, sect. X, cap. I, § 1 e 6: " ... Ubi occurrunt nonnulla circa solemnia in judiciis servanda, circa tempora, cautiones, probationes, causarum decisiones, executiones et appellationes. Finge enim alia servari solemnia, in loco domicilii litigatoris, alia in loco contractus, alia in loco rei sitae, alia in judicii loco; quaenam spectanda solemnia? Resp. spectanda sunt solemnia, id est stylus judicis fori illius, ubi litigatur. Idque in genere verum est, sive loquamur de civibus, sive de forensibus; statuta quippe circa solemnia meo sensu mixti erant generis; adeoque vires exserunt tam intra quam extra territorium, tam in ordine ad incolas quam ad exteros „ e § 7, 8 e 9 e § 15: " Si super appellatione contentio... forma servari solita in curia suprema... „; Herz, loc. cit., § LXX, casus LX: " Jura loci ubi negotium gestum, discrepant a juribus judicii, ubi negotium illud disceptatur; quaeritur, quaenam potius sint observanda? — Expedita est DD. responsio, jura judicii tantum in illis observanda esse quae ad ordinem processus judicialis pertinet, etsi lis sit de bonis immobilibus in alio territorio sitis „ e § LXXII, casus LXII.

(3) P. Voet, sect. X, cap. I, § 11: " ... existumem hic agi, non tam de solemnibus, quam probandi efficacia; quae licet in uno loco sufficiens, non tamen ubique locorum; quod judex unius territorii nequeat vires tribuere instrumento ut alibi quid operetur „.

(4) Hertius, loc. cit., § LXV, casus LV: " ...Et haec posterior sententia (Cocceji) nobis potior videtur; nam si actioni nonnisi secundum leges, ubi judicium instituitur, praescriberetur, interdum incertissima forent praescriptionis tempora, quoniam unus homo diversis locis non raro potest conveniri „.

semplice eccezione subordinata, nell'esistenza e nel modo di farla valere, all'ordinamento del giudizio (1). Ma nell'affermazione generica della regola: che l'elemento ordinatorio debba soggiacere alla legge del fôro, e che gli effetti di questa, applicata a quell'elemento, debbano essere universali, l'accordo era generale.

A questa regola corrispondeva l'altra che sottoponeva l'elemento decisorio della controversia, anzichè alla legge del fôro, a quella cui era subordinato l'oggetto del rapporto giuridico. Ciò implicava il riconoscimento in una certa misura della estraterritorialità della legge civile, e della facoltà e talora dell'obbligo della magistratura di un paese, d'applicare in alcuni casi la legge civile di un altro. Così poteva avvenire che in rapporti puramente personali un magistrato, dovendo giudicare delle qualità personali d'individui stranieri, ricorresse o in omaggio ad un principio anche estrinsecamente giuridico come in Francia (2) o in omaggio ad una ragione di cortesia e di opportunità come nei Paesi Bassi (3) alla legge del paese d'origine o di domicilio di quello straniero; e in una controversia relativa alle cose potevasi agire dove il convenuto era domiciliato, ma la ragione della sentenza attingevasi alla legge della situazione della cosa (4).

In tali casi frequentemente avveniva che, in relazione ad un procedimento iniziato in un territorio, dovesse procedersi all'assunzione di una prova o ad un altro elemento di istruttoria in territorio diverso, al qual uopo l'autorità di quest'ultimo era debitamente richiesta dal magistrato giudicante straniero di assumere la testimonianza o di completare l'altro mezzo di prova che era necessario e poteva compiersi soltanto nella sua giurisdizione (5). Così, quando il convenuto non si fosse trovato nel territorio del magistrato giudicante, e fosse stata nota la sua dimora, invece di procedere alla citazione di lui col mezzo

(1) Huber, l. c., c. 7: " ... Ratio haec est, quod praescriptio et executio non pertinent ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendae, quae per se quasi contractum separatumque negotium constituit, adeoque receptum est optima ratione, ut in ordinandis judiciis, loci consuetudo ubi agitur, etsi de negotio alibi celebrato spectetur ".

(2) V. pag. 460-2.

(3) V. pag. 453-461.

(4) P. Voet, l. c., sect. IX, cap. I, § 2: " ... spectabitur... statutum rei sitae. Ut tamen actio etiam intentari possit ubi reus habet domicilium. Idque obtinet, sive forensis sit ille, de cujus re controversia est, sive incola loci ubi res est sita " e cap. II, § 20.

(5) Schilter, *De jure peregrinorum*, § IX, vol. I, pag. 104.

del bando od altri mezzi analoghi (1), o di rinunciare alla sua citazione, secondo la pratica di qualche paese, come a cosa impossibile (2), se ne poteva domandare la citazione al magistrato della residenza di lui mediante commissioni rogatorie (3) affermanti la promessa della reciprocità (4). E a queste potevasi pur ricorrere nel caso di concorso universale sui beni del debitore. Se infatti un creditore agiva fuori del fôro del concorso ed il magistrato non declinava la competenza non v'era modo di obbligarlo a desistere in favore dell'unicità del giudizio, ma potevasi, mediante commissione rogatoria, far appello, per indurvelo, alla sua equità ed alle ragioni della cortesia fra nazioni (5).

(1) Carpzovius, *Processus juris in foro Saxonico*, tit. III, art. I, § 69-71.

(2) De Bracton, l. c., lib. V, tract. IV, cap. 14, pag. 395 *v*, § 1, 2: " Nunc autem dicendum, si tenens warrantum vocaverit qui sit manens extra regnum, et nihil habuerit in regno Angliae per quod distringatur, et tunc refert si extra regnum si Rex habuerit potestatem vel non ad distringendum talem, quod si nullam, sicut in potestate regis Franciae vel Alemanniae, vel hujusmodi, licet auxilium tenenti concedatur non valebit... „. E distingue il caso della citazione di uno " qui manens sit in Hybernia vel in Wallia, sub potestate Regis, et ubi brevia sua currunt, et hoc per auxilium curiae „.

(3) P. Voet, sect. X, cap. I: " ... Sunt qui absolute negant judicem extra suum territorium citare posse, quid ibi cesset authoritas: ut mittere debeat litteras deprecatorias ad judicem in cujus territorio quis est citandus, ut debitorem citari faciat. Quae postrema sententia verissima... et usu fori recepta „.

(4) Hellfeld, op. cit., lib. II, tit. IV, § 229, pag. 72: " Hunc in finem judex citans per litteras requisitoriales, quibus vel citationem addit non signatam, vel causam tantum et finem citationis *a judice* requisito expediendae notum facit, iudicem citandi in subsidium juris cum oblatione se in pari causa paria relaturum, rogat, ut citationem insinuari curet, et rite factae insinuationis testimonium ad acta exhibeat „.

(5) P. Voet, sect. X, cap. I, § 4. Questo passo ha una speciale importanza, perchè mette in chiaro i due elementi della dottrina olandese. Prima il Voet espone la ragione giuridica dell'unità del giudizio di fallimento: " Etsi alio debitorem traxerint, exceptionem objicet continentiae causae... Ratio jam dicta est, ne continentia causae dividatur; neve causae diversae apud diversos judices absurdum producant, et singulae diversas, aut contrarias sententias consequantur „. Poi riconosce che il giudice straniero deciso a pronunciare fuori del fôro del fallimento una sentenza singolare contro il debitore, non può materialmente essere obbligato a desistere e allora ricorre alla *comitas* ed alla reciprocità, che possono indurvelo quando l'intima ragione giuridica non lo abbia persuaso. Dietro questo elemento estrinseco della *comitas*, si svolgono in tutta la dottrina olandese le vere ragioni determinanti d'un sistema di diritto internazionale privato.

Così si procedeva quando volevasi ottenere, fuori del territorio cui apparteneva il magistrato giudicante, la esecuzione di una sentenza (1). Questo riconoscimento del giudicato straniero, quando non limitavasi alla sola sua forza di prova e di verità (2), ma importava veri atti di esecuzione, non poteva richiedersi per effetto dello stretto diritto, ma se ne riteneva opportuna sovente la concessione per considerazioni di cortesia e di equità (3) e talora l'esecuzione diventava od obbligatoria per effetto di convenzioni internazionali a tale uopo stipulate, o costante per effetto d'una consuetudine inveterata.

L'esecuzione non poteva avvenire se non che nelle forme e nei modi ammessi dalla legge del paese dov'era domandata e concessa (4). La indipendenza sovrana del potere giudiziario ne giustificava poi il rifiuto per la tutela del diritto pubblico e dei supremi interessi dello Stato anche quando una convenzione in generale la garantisse (5) e per semplice arbitrio della magistratura (6) senza bisogno di renderne

(1) V. pag. 341, 2.

(2) V. pag. 341.

(3) P. Voet, sect. X, cap. I, § 14: " Ut de moribus nostris dicendum sit ex humanitate per requisitorialia judices alterius territorii sententiam alibi latam executioni mandare solere, ut tamen ad hoc non sint obstricti "; Huber, c. 7; G. Voet, *De Statutis*, cap. VII: " ... quantopere magistratus cujusque loci, contemnere, negligere, spernere suo jure possit magistratus alteri territorio praepositi statuta vel decreta, abunde docent, inter plures confines gentes, receptae literae (quas appellant requisitoriales) quibus velut beneficium petitur, et pari data occasione velut beneficium offertur sententias a rogante latas executioni dari in bona sita in territorio rogati "; § 17: " ... conventionibus specialibus aut inveteratis consuetudinibus pro conventione servandis " e *Comment. in Pand.*, lib. V, tit. I, § LXIX: " ... quam frequenter enim literis requisitorialibus rogati judices exsequantur sententiam a competente judice alibi latam, at ut ipsi in causae ipsius cognitione incompetentes manifeste fuerint, quotidiana experientia abunde docet ".

(4) Huber, l. c., § 7: " ... in executione sententiae alibi latae, servari jus in quo fit executio, non ubi res judicata est " e P. Voet, sect. X, cap. I, § 14. Herz, l. c., § LXXIII casus LXIII.

(5) P. Voet, l. c., § 14: " Multo minus de moribus judex sententiam alterius territorii exequetur, si lata sit contra sui territorii statutum, ratione rerum in suo territorio sitarum "; Huber, l. c., § 6: " ... propter limitationem axiomatis tertii commemoratam ": Struv., lib. I, tit. II, § VIII, n. *m:* " ... Jure peregrino recepto, ejus tamen obligatio ulterius extendi nequit, quam quatenus status Reipublicae permittit, et sic: IV. Decisiones, quae in rationibus peculiaribus se fundant, quas Respublica, quae leges recepit ignorat, inepte applicantur ".

(6) P. Voet, l. c., § 14: " ... Unde etiam Geldri per requisitoria desiderati sententiam in nostro territorio latam, exequi detrectabunt ". G. Voet,

ragione in tutti gli altri casi. Garanzia questa troppo imperfetta in confronto d'un ideale scambio di soccorsi giudiziarii, e d'una completa cooperazione di tutti gli Stati per l'esecuzione delle sentenze pronunciate dalle autorità competenti, ma non molto inferiore al diritto ed alla giurisprudenza ancora vigenti in non pochi paesi civili su tale argomento.

151. — Tutta la storia del diritto internazionale privato si può riassumere in una lotta fra il principio dell'isolamento giuridico degli Stati e della territorialità delle leggi ed il principio della loro cooperazione giuridica e della estraterritorialità della legge civile ispirata dal criterio della competenza e limitata da quello della sicurezza dei singoli Stati.

Non sarebbe esatto il rappresentare la scuola e la tradizione italiana da una parte, e quella francese ed olandese dall'altra, come i due fattori di questa lotta lunga e non ancora finita. È più esatto riconoscere che quei due indirizzi si combattono con varia vicenda nello sviluppo della dottrina d'entrambe quelle scuole e nei due ambienti nei quali quelle rispettivamente si svolsero. Infatti nel sistema italiano originario il limite dell'impero d'ogni legge particolare al territorio dello statuente ed alle cose che vi si trovano, null'altro rappresenta che il principio negativo della territorialità, mentre il principio contrario svoltosi prima sotto l'egida dello statuto favorevole, o di quello scelto dalla volontà delle parti, si afferma poi nel concetto dello statuto che per intima virtù di competenza è ritenuto personale ed estraterritoriale. La dottrina italiana svoltasi fra una selva di distinzioni, di suddistinzioni e di riserve, alcune delle quali estranee per sè al campo del diritto internazionale privato, quanto ai risultati si avvicinò più delle dottrine antecedenti e di molte fra quelle susseguenti, ad un ideale ordinamento dell'applicazione della legge civile nello spazio; ma quanto al modo, alla distinzione ed alle categorie delle leggi ed all'unità di sistema, presentava, sopratutto nel periodo delle sue origini, non poche imperfezioni. Le dottrine svoltesi negli altri paesi si dimostrarono invece meno imperfette nel modo, cioè nelle distinzioni fondamentali, nel concetto dei

De Statutis, § VII: " ... quales rogationes etiam non ubique admitti, denegata alieni judicati executione, nos suo exemplo docent abunde Geldri; quos ideo injustitiae arguere nemo merito sustinuerit, sed potius eos jus in territorium suum sibi competens isthac ratione exercere dicendum ".

rapporti internazionali, e nei limiti stessi dell'indagine, ma furono di gran lunga più imperfette quanto ai risultati, quanto cioè alla misura assegnata all'applicazione estraterritoriale della legge civile.

La lotta per il prevalere della estraterritorialità delle leggi civili, ch'era stata relativamente breve in Italia e nella dottrina italiana, fu, quantunque in varia misura, più lunga in tutti gli altri paesi d'Europa. In Francia il sistema degli statuti personali e reali offriva una distinzione non del tutto perfetta, ma un campo ben determinato alla lotta di quei due principii. La distinzione non era del tutto perfetta, perchè sono rare assai le leggi che riguardino o unicamente le persone o unicamente le cose, e perchè gli statuti misti, se si badava al criterio di distinzione, raccoglievano un gran numero di leggi fra sè intimamente diverse, e se si badava al criterio di applicazione, non erano che uno sdoppiamento degli statuti reali.

Ma se, anzichè alle ragioni giustificatrici della distinzione, si badava alla distinzione stessa come campo di azione dei due principii contrarii, la lotta fra quelli e il progresso dell'uno sull'altro vi appariscono storicamente evidenti di età in età. Al concetto di statuto personale corrispondeva infatti ormai nella dottrina francese quello di statuto idoneo ad un'applicazione estraterritoriale; a quello di statuto reale corrispondeva quello della applicazione limitata al territorio dello statuente o della situazione della cosa. L'allargarsi pertanto del concetto di statuto personale, l'attribuzione a questa categoria di statuti ritenuti o misti o reali, il riconoscimento dello statuto delle forme come universalmente efficace, la estraterritorialità attribuita a molte leggi pur ritenute territoriali sotto le parvenze del contratto tacito, le nuove norme adombrate e professate, nella dottrina anche quando non erano accolte dalla pratica, in favore della universalità della successione, sono altrettante vittorie del principio fondamentale d'un retto sistema di diritto internazionale privato.

La stessa lotta si manifesta anche nello sviluppo di quel sistema della territorialità assoluta del diritto che fu professata per tutte le leggi, siano queste, quanto all'oggetto loro personali, o reali, dalla dottrina dei giuristi olandesi e belgi. Questi ultimi, prendendo per fondamento non già le ragioni del diritto privato, ma l'ordinamento effettivo del diritto pubblico, partivano dal concetto, del resto corrispondente, nella effettiva esistenza della società internazionale, alla realtà, che nessuno Stato sia obbligato ad applicare nel proprio ter-

ritorio le leggi civili di un altro Stato, qualunque sia per essere l'oggetto di queste leggi. Ma a tale assoluta territorialità delle leggi che è un effetto immediato dell'indipendenza politica, quei giuristi facevano succedere come temperamento un altro elemento di giudizio dedotto, non meno del primo, dalle condizioni effettive dei rapporti fra le nazioni. Queste infatti, per un senso di umanità e di cortesia, o per desiderio di una universalmente utile reciprocità, s'inducono spesso a fare anche quanto non sarebbero obbligate a consentire; e nel campo del diritto civile, acconsentono talora ad applicare una disposizione di legge straniera a rapporti cui avrebbero il diritto di non applicare che la legge propria.

Ma questa *comitas*, che è l'elemento moderatore e modificante della territorialità assoluta del diritto, può manifestarsi non solo con espresse convenzioni internazionali, ma anche ispirando la giurisprudenza che è l'effetto della coscienza giuridica del popolo. Non esistono dunque limiti al suo sviluppo, nè v'hanno ostacoli, che le sue esigenze, sviluppate dalla civiltà e dal progresso dei rapporti internazionali, non possano superare; nè è impossibile che la coscienza popolare intuisca e maturi e che la consuetudine completi, limiti alla territorialità delle leggi che corrispondano piuttosto a un alto concetto morale e giuridico della solidarietà umana e della competenza, che non al criterio politico dell'utile e della reciprocità. E pertanto nel paese dove le leggi dei singoli Stati erano proclamate per sè essenzialmente territoriali, poteva, dietro alla giustificazione originariamente politica della *comitas*, svilupparsi tutto un sistema di diritto internazionale privato, nella genesi del quale si riproducesse la lotta fra i due indirizzi dell'isolamento dei singoli Stati e della estraterritorialità della legge. Quello tende a contenere le esigenze della *comitas*, conservando il significato originario di questa quanto a giustificazione fondamentale, e, costringendone l'efficacia quanto ad applicazione effettiva, entro i più ristretti confini; questa tende ad allargare sempre più le esigenze della *comitas* ed arriva a poco a poco, perfino a mutarne la essenza.

Le diversità che sarebbero risultate se da ciascun sistema originario prevalente nei singoli paesi si fossero rigorosamente dedotte tutte le conseguenze di cui era capace, venivano così a poco a poco diminuite; la dottrina e la pratica di un paese poteva usare e sovente invocare come autorità la dottrina e la pratica di un altro; tutte

potevano cooperare ed aggiungere qualche elemento ad un ben costrutto sistema di diritto internazionale privato, e le rispettive diversità, per quanto ancora rilevanti, pur ne risultavano di molto attenuate. Se da un lato la universalità del regolamento della capacità personale anche nei riguardi degli immobili era accolta nel maggior numero dei paesi e la universale legalità delle originarie forme degli atti era riconosciuta da tutti, agli effetti dei contratti in genere e del regime matrimoniale in ispecie era riconosciuta dai più generale applicazione, e la realità delle leggi relative agli immobili anche nel campo della successione, affermavasi nello stesso nostro paese dove pur pareva che il concetto romano avesse dovuto conseguire più completa applicazione anche nell'ordinamento internazionale della successione.

Così, per effetto d'un tale movimento di azione e reazione di influenze, le diversità si venivano attenuando. Si conservavano nella pratica le incertezze circa la determinazione del domicilio e della legge personale, e quelle particolari applicazioni della legge territoriale ai contratti stipulati ed agli immobili esistenti nel territorio che son durate finora nella legge inglese; restavano nella dottrina lacune, come l'incertezza di scelta fra la legge del domicilio e quella di origine quale fondamento del diritto personale; la unità della successione e dei rapporti di famiglia; la territorialità della legge trasformata di regola in eccezione e concretata nella dottrina dell'ordine pubblico. Ma su tutti questi punti era serbato all'epoca nostra di perfezionare il sistema e, per effetto della disformità dei progressi conseguiti nei varii paesi, di creare nuovi elementi di divergenze legislative e nuove occasioni di conflitti.

Ogni progresso infatti deriva da due fattori diversi: l'uno, intrinseco, risulta dagli elementi di civiltà che, giunti ad un determinato grado di sviluppo, fruttificano in ogni tempo e in ogni ambiente con una stretta analogia di risultati; l'altro, estrinseco, deriva dalla preparazione materiale e legislativa, dalla tradizione e dalla tendenza naturale a continuare una lunga catena di antecedenti. Il progresso del diritto internazionale privato ha trovato nel nostro secolo entrambi quei fattori. Il primo fu rappresentato dall'intrecciarsi sempre più complesso e più rapido dei rapporti fra i varii paesi, nelle trasmigrazioni continue e copiose, nel diffondersi cosmopolita d'una stessa coltura intellettuale e materiale, nella grande e mondiale solidarietà

economica creata dalla rapidità e dalla regolarità dei trasporti e da quella universale cooperazione che risulta dagli scambii internazionali.

In ambienti internazionali meno vasti e nel seno di civiltà meno durature (1) altre epoche erano giunte a concepire una società internazionale ed un sistema di diritto internazionale privato. Ma nell'epoca nostra quel concetto si sviluppava e quel sistema si preparava in una famiglia di Stati che è la più vasta finora conosciuta dalla storia, e nel seno d'una civiltà da secoli trionfatrice nella potenza, tenace nella durata, e mondiale nell'espansione sua. Nel seno d'una tale società di Stati poteva prepararsi, in una dottrina uniforme e scevra da caratteri nazionali, e poteva a poco a poco insinuarsi nella pratica, un sistema di diritto internazionale privato perfetto così nei fondamenti come nelle applicazioni e nei limiti. Molti diritti ora del tutto indiscussi erano stati per lungo tempo riconosciuti piuttosto come consigli dell'utile reciproco, o, tutto al più, dell'equità, che come dettami imperativi della ragione giuridica. Così la società internazionale il cui concetto era stato ispirato in varie epoche, a famiglie più o meno estese di Stati, dalla sola sollecitudine dell'utilità reciproca, appare all'epoca nostra una collettività esistente di per sè e in sè comprendente tutti gli Stati come membri d'una stessa famiglia. Da questa idea della società internazionale derivano per tutti gli Stati che la compongono obbligazioni di solidarietà la cui esistenza non è dipendente più dal solo arbitrio e la cui estensione non è più misurata dalla reciproca utilità. E fra tali obbligazioni è precipua quella di riconoscere e di applicare reciprocamente le leggi civili di ciascuno Stato nel territorio degli altri secondo le indicazioni di quella competenza che risulta dall'intimo esame del rapporto giuridico.

E tale risultato doveva essere promosso anche da un altro concetto proprio al nostro tempo, che riconosce la persona individua come centro dei rapporti giuridici, e considera le collettività che la comprendono non come annientatrici delle sue energie o creatrici delle sue facoltà, ma come strumenti della sua tutela e del suo perfezionamento. Così il punto nel quale l'interesse dello Stato debba prevalere su quello dei privati e possa impedire nel territorio l'applicazione d'una legge straniera, doveva necessariamente contenersi in confini assai più ristretti di quelli che Huber gli aveva assegnato.

(1) V. pagg. 46, 7, 8, 105, 6, 7, 194-6.

Questa trattazione storica, per quando compendiosa ed incompleta, pur basta a dimostrare come la formazione ed il progresso del diritto internazionale privato risultino da un lungo sviluppo storico compiutosi lentamente, ma senza soluzione di continuità. In epoche diverse, in condizioni analoghe di rapporti internazionali, ma in ambienti sempre più vasti, l'idea di società internazionale si svolge e si concreta, e le varie norme giuridiche si manifestano, scompaiono e rettificate si riaffermano. Così ogni età ed ogni dottrina nazionale porta a questo sviluppo storico il proprio contributo e le divergenze di dottrina esistenti in un'epoca determinata fra i varii paesi, appariscono, piuttostochè antinomie irriducibili di sistemi definitivamente diversi, contrarietà fra varie fasi coesistenti d'uno sviluppo storico pur destinato ad arrivare dovunque, quando sia completo, al medesimo armonico risultato. Tale modificazione e coordinamento di concetti vecchi, tale elaborazione di concetti nuovi, e il risultato di quelli e di questa, l'unione cioè degli uni e degli altri in un ben costrutto sistema, erano l'opera che il secolo nostro doveva compiere nel campo delle dottrine, e che forse il secolo venturo vedrà trasfusa del tutto nella pratica dei rapporti internazionali.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

INDICE

CAPITOLO PRIMO

Introduzione.

CAPITOLO SECONDO

Il Diritto internazionale privato nel sistema del Diritto internazionale.

CAPITOLO TERZO

Notizie storiche — L'antico Oriente.

CAPITOLO QUARTO

La Grecia.

CAPITOLO QUINTO

Roma.

CAPITOLO SESTO

Elementi e fattori del diritto internazionale privato nel medio evo.

CAPITOLO SETTIMO

Sviluppo del diritto internazionale privato in Italia.

CAPITOLO OTTAVO

Sviluppo del diritto internazionale privato negli altri Stati d'Europa.